

Melanie Studer

Sozialhilferechtliche Beschäftigungsverhältnisse: zwischen Subsidiarität, Gegenleistung und Zumutbarkeit

Analyse der schweizerischen Praxis aus verfassungs-
und völkerrechtlicher Sicht

Melanie Studer

**Sozialhilferechtliche Beschäftigungsverhältnisse:
zwischen Subsidiarität, Gegenleistung und Zumutbarkeit**

Melanie Studer

Dr. iur.

Sozialhilferechtliche Beschäftigungsverhältnisse: zwischen Subsidiarität, Gegenleistung und Zumutbarkeit

Analyse der schweizerischen Praxis aus verfassungs-
und völkerrechtlicher Sicht

BASLER DISSERTATION

Publiziert gemäss dem Open-Access-Gold-Standard.
Die Druckvorstufe dieser Publikation wurde vom Schweizerischen Nationalfonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung unterstützt.

Publiziert von:
Dike Verlag
Weinbergstrasse 41
CH-8006 Zürich
www.dike.ch

Text © Melanie Studer 2021

ISBN (Hardback): 978-3-03891-280-4
ISBN (PDF): 978-3-03929-011-6

DOI: <https://doi.org/10.3256/978-3-03929-011-6>



Dieses Werk ist lizenziert unter Creative Commons Lizenz CC BY-NC-ND.

*Wer in der Rechtsanwendung dieses magische Wort einsetzt,
erlöst sich von weiteren Überlegungen, denn er tut so,
als sei die Sachlage jetzt sonnenklar, augenfällig, offenkundig
oder klipp und klar auf der Hand liegend.*

Hermann Hummel-Liljegren, S. 70,
zum Begriff der zumutbaren Arbeit

Vorwort

Diese Doktorarbeit entstand im Rahmen des durch den Schweizerischen Nationalfonds (SNF) geförderten Forschungsprojekts «Arbeitsverhältnisse unter sozialhilferechtlichen Bedingungen». Als Doktorandin in diesem Projekt habe ich mich zum ersten Mal vertieft mit dem Sozialhilferecht und der aktivierenden Sozialgesetzgebung auseinandergesetzt. Wenn auch das Erstellen dieser Arbeit mit Höhen und Tiefen verbunden war, an der Thematik der Arbeit lag dies nicht. Die immer präsente Frage, wo die individuelle Verantwortung aufhört und wo eine solidarische Verpflichtung der Gemeinschaft zur Unterstützung von Bedürftigen beginnt, wird mich weiter beschäftigen.

In dem Sinne danke ich Prof. Dr. iur. Kurt Pärli, der dieses Projekt geleitet hat und die Arbeit als Doktorvater mit stets wohlwollend kritischen Rückmeldungen und vielen neuen Denkanstössen bereichert hat. Mein Dank an Kurt Pärli geht jedoch weit darüber hinaus. Kurt Pärli hat mich seit dem ersten Semester meines Bachelorstudiums gefördert und unterstützt und mir unzählige Möglichkeiten zur Weiterentwicklung geboten. Merci!

Prof. Dr. iur. Markus Schefer hat als Zweitbetreuer mit scharfsinnigen Kommentaren zur Verbesserung der Arbeit beigetragen und Dr. iur. Pierre Heusser, Rechtsanwalt, danke ich für die Zeit, die er sich für die Lektüre der Arbeit, die Teilnahme am Kolloquium als externer Experte und weiteren Austausch genommen hat.

PD Dr. Gesine Fuchs, Dr. iur. Anne Meier, Rechtsanwältin und Marion Ruch, MLaw und BA Soziologie, danke ich für unseren Austausch im Rahmen des Projektteams, der die teils einsame Übung des Schreibens aufgelockert hat. Gesine Fuchs gebührt besonderer Dank, da sie meinen Blick immer wieder über den Tellerrand der juristischen Dogmatik ins richtige Leben führte.

Im Frühling 2018 durfte ich vier Monate als Gastforscherin an der Sozialrechtlichen Abteilung des Max-Planck-Instituts für Sozialrecht und Sozialpolitik in München verbringen. Prof. Dr. Ulrich Becker und dem ganzen Team in München danke ich herzlich für die Gastfreundschaft und das produktive Arbeitsumfeld.

Die Fertigstellung des Manuskripts per Juli 2020 fiel zusammen mit den ersten Massnahmen zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie. In dieser Phase haben sich Isabelle Bank, Philippe Dietschi, Laura Kunz und Luca Vecchi Zeit genommen, um grosse Teile der Arbeit gegenzulesen. Antje Stadelmann, Sekretärin des Lehrstuhls für Soziales Privatrecht der Universität Basel, hat mich mit Literatur

im Home-Office versorgt. Diese Unterstützung in der Endphase der Arbeit und dieser herausfordernden, ausserordentlichen Lage war unglaublich wertvoll.

Schliesslich danke ich meinen weiteren Kolleg_innen, meinen Freund_innen und meiner Familie, die mich, wenn immer nötig, abgelenkt haben und mir zugehört haben. Besonders herzlich danke ich meinem Partner, Yairo Gomezjurado, der stets die Geduld aufbrachte, die mir selbst manchmal fehlte.

Melanie Studer

Bern, den 31. Mai 2021

Inhaltsübersicht

Vorwort	VII
Inhaltsverzeichnis	XI
Verzeichnisse	XXVII
Literaturverzeichnis	XXIX
Kantonale Rechtsgrundlagen	XLVIII
Internationale Materialien	LII
Materialien Schweiz	LVIII
Interviews	LIX
Abkürzungsverzeichnis	LX
Tabellenverzeichnis	LXVI
Einleitung	1
Teil I: Grundlagen und aktuelle Praxis	13
Kapitel 1 Verortung von sozialhilferechtlichen Beschäftigungsverhältnissen im System der sozialen Sicherheit	15
Kapitel 2 Grundzüge des Sozialhilferechts und des Rechts auf Hilfe in Notlagen ...	68
Kapitel 3 Recht und Praxis des Arbeitens in sozialhilferechtlichen Beschäftigungsverhältnissen	108
Fazit Teil I und Ausblick	198
Teil II: Verfassungs- und völkerrechtliche Analyse	201
Kapitel 4 Bedeutung der nationalen und internationalen Arbeits- und Sozialverfassung	203
Kapitel 5 Sozialstaatliche (Ziel-)Vorgaben der BV	256
Kapitel 6 Menschenwürde	271
Kapitel 7 Recht auf Existenzsicherung	295
Kapitel 8 Recht auf Arbeit	311
Kapitel 9 Verbot von Zwangs- und Pflichtarbeit	331
Kapitel 10 Recht auf frei gewählte Arbeit	360
Kapitel 11 Recht auf günstige und gerechte Arbeitsbedingungen	381

Kapitel 12	Menschen mit Behinderung	417
Kapitel 13	Weitere Menschen- und Grundrechte	435
Fazit Teil II und Ausblick	472
Teil III: Sozialversicherungsrechtliche Regelungen als Alternative?		485
Kapitel 14	Arbeitslosenversicherung	487
Kapitel 15	Invalidenversicherung	534
Fazit Teil III und Ausblick	560
Teil IV: Handlungsempfehlungen und Zusammenfassung		563
Kapitel 16	Handlungsempfehlungen	565
Kapitel 17	Zusammenfassende Schlussbetrachtung	579
Anhang I – Richtlinien Programmteilnahme Sprungbrett		597
Anhang II – Musterverfügung Programmteilnahme Sprungbrett		599

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Inhaltsübersicht	IX
Verzeichnisse	XXVII
Literaturverzeichnis	XXIX
Kantonale Rechtsgrundlagen	XLVIII
Internationale Materialien	LII
WSK-Ausschuss	LII
Menschenrechtsausschuss	LIII
BRK-Ausschuss	LIII
ILO	LIV
EMRK-Rechtsprechung	LVI
ECSR	LVII
Materialien Schweiz	LVIII
Interviews	LIX
Abkürzungsverzeichnis	LX
Tabellenverzeichnis	LXVI
Einleitung	1
I. Aktivierende Sozialpolitik und zumutbare Arbeit	3
II. Fragestellung und Ziel	5
III. Gang der Untersuchung	7
A. Teil I	7
B. Teil II	8
C. Teil III	9
D. Teil IV	10
IV. Methodische Hinweise	10

Teil I: Grundlagen und aktuelle Praxis	13
Kapitel 1 Verortung von sozialhilferechtlichen Beschäftigungsverhältnissen im System der sozialen Sicherheit	15
I. Einleitung	15
II. Unselbständige oder selbständige Erwerbstätigkeit und der erste Arbeitsmarkt	17
A. Unselbständige Erwerbstätigkeit als Arbeitnehmer_in	17
B. Selbständige Erwerbstätigkeit	22
III. Sozialversicherungsrechtliche Ersatzeinkommen und Eingliederungsmassnahmen	23
A. Bedeutung einer Erwerbstätigkeit für die Versicherungspflicht und Anspruchsberechtigung	23
B. Aktivierung und Eingliederungsmassnahmen	26
1. Allgemeines	26
2. Schadenminderungspflicht	26
3. Arbeitslosenversicherung	29
4. Invalidenversicherung	30
5. Abweichungen vom Arbeitsvertragsrecht	31
IV. Sozialhilfe und sozialhilferechtliche Beschäftigungsverhältnisse	33
A. Wer bezieht Sozialhilfe?	33
1. Personen, die unter der Armutsgrenze leben	33
2. Heterogene Anspruchsberechtigte	36
B. Aktivierung und sozialhilferechtliche Beschäftigungsverhältnisse	38
1. Ursprung und Entwicklung	38
2. Was sind sozialhilferechtliche Beschäftigungsverhältnisse?	41
C. Wer arbeitet in sozialhilferechtlichen Beschäftigungsverhältnissen?	42
1. Allgemeines	42
2. Die erwerbslosen «Bodensatzrosinen»	43
3. Personen mit gesundheitlichen Einschränkungen	44
4. Nichterwerbspersonen?	45
5. Nicht: Kinder	46
6. «Working Poor»?	46
V. Hilfe in Notlagen und Auswirkungen sozialhilferechtlicher Beschäftigungsverhältnisse	48
A. Was ist Nothilfe und wer bezieht sie?	48
B. Einfluss von sozialhilferechtlichen Beschäftigungsverhältnissen und der aktivierenden Sozialhilfepolitik	49

VI.	Besondere Bedeutung der Zumutbarkeit für die Existenzsicherung	50
A.	Einleitung und allgemeine Umschreibung der Zumutbarkeit	50
B.	Zumutbarkeit im Arbeitsrecht	52
1.	Interessenausgleich	52
2.	Indirekte Drittwirkung von Grundrechten	53
3.	Wechselwirkungen zum Arbeitslosenversicherungsrecht	55
C.	Zumutbarkeit und selbständige Erwerbstätigkeit	58
D.	Zumutbarkeit in den Sozialversicherungen	59
1.	Rechtsgrundsatz zur Begrenzung der Selbstverantwortung	59
2.	Gesetzliche Verankerung der Zumutbarkeit	62
3.	Besondere Bedeutung bei der Aktivierung	62
E.	Zumutbarkeit in der Sozial- und Nothilfe	63
VII.	Zusammenfassung Kapitel 1	65
Kapitel 2 Grundzüge des Sozialhilferechts und des Rechts auf Hilfe in Notlagen		68
I.	Einleitung	68
II.	Grundzüge des Sozialhilferechts	69
A.	Kompetenzen und Quellen	69
1.	Kantonale Kompetenz	69
2.	Kommunaler Vollzug und Gemeindeautonomie	71
3.	Stellung der SKOS-Richtlinien	72
4.	Stellung der Behördenhandbücher	74
B.	Leistungsniveau	75
C.	Ziele und Aufgaben der Sozialhilfe	76
D.	Prinzipien der Sozialhilfe	78
1.	Allgemeines	78
2.	Bedarfsdeckungs- und Finalprinzip	81
3.	Individualisierungsprinzip	83
a)	Allgemeines	83
b)	Besondere Relevanz in Bezug auf die Zumutbarkeit von Beschäftigungsprogrammen	84
4.	Subsidiaritätsprinzip	86
a)	Allgemeines	86
b)	Anspruchsebene – Koordination	87
c)	Pflichtenebene	89
d)	Besondere Relevanz in Bezug auf die Zumutbarkeit von Beschäftigungsprogrammen	90
E.	Zwischenfazit	91

III.	Grundzüge des Rechts auf Hilfe in Notlagen (Art. 12 BV)	92
A.	Allgemeines: Vom ungeschriebenen Recht auf Existenzsicherung zum Recht auf Hilfe in Notlagen	92
B.	Persönlicher Geltungsbereich	94
C.	Kompetenzen und Zuständigkeit	94
D.	Leistungsniveau, Ziel und Aufgabe	95
E.	Kerngehaltsgarantie: keine Ausnahmen und Schranken	98
F.	Anspruchsvoraussetzungen	99
1.	Notlage	99
2.	Subsidiarität und Eigenverantwortung	100
3.	Auflagen und Bedingungen?	102
G.	Verhältnis zum kantonalen Sozialhilferecht	103
H.	Zwischenfazit	105
IV.	Zusammenfassung Kapitel 2	106
Kapitel 3 Recht und Praxis des Arbeitens in sozialhilferechtlichen Beschäftigungsverhältnissen		108
I.	Einleitung	108
II.	Pflicht zur Teilnahme an einem Beschäftigungsprogramm	109
A.	Allgemeines und SKOS-RL	109
B.	Konkrete Ausgestaltung in den kantonalen Gesetzen	111
C.	Leistungs- und Gegenleistungspflichten im Besonderen	114
1.	Allgemeines und SKOS-RL	114
2.	Kantonale Gesetzgebung	115
3.	Rezeption in der Rechtsprechung	115
4.	Einordnung	117
III.	Positive Anreize: Integrationszulage und Einkommensfreibeträge	117
A.	Integrationszulage (IZU)	117
B.	Einkommensfreibetrag (EFB)	118
IV.	Negative Anreize: Sanktionen und Einstellungen	119
A.	Einleitung und Allgemeines	119
B.	Kürzungen der Unterstützungsleistungen als Sanktionen – Pflichtenebene	121
1.	Allgemeines und SKOS-RL	121
2.	Kantonale Gesetzgebung	122
3.	Rezeption in Praxis und Rechtsprechung	124
C.	Einstellung der Hilfeleistungen (Subsidiarität) – Anspruchsebene	126
1.	Allgemeines und SKOS-RL	126
2.	Zentrale Bedeutung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung	127

3.	Kantonale Gesetzgebung	129
a)	Keine Erwähnung	129
b)	Einstellung wird gleichberechtigt wie Kürzung erwähnt	130
c)	Einstellung bei Ablehnung zumutbarer Arbeit und schweren Pflichtverletzungen	131
4.	Verhältnis der Einstellung von Sozialhilfe zu Art. 12 BV	132
5.	Rezeption in Praxis und Rechtsprechung	134
a)	Einführung zusätzlicher Anspruchsvoraussetzungen?	134
b)	Einführung zusätzlicher, unverhältnismässiger Sanktionen?	136
c)	Einführung von Verschuldenselementen?	139
D.	Einstellung wegen (rechts-)missbräuchlichen Verhaltens?	140
1.	Allgemeines	140
2.	Begriffliches	141
3.	(Rechts-)Missbrauch von Art. 12 BV	143
4.	(Rechts-)Missbrauch der Sozialhilfe	145
E.	Weitere negative Folgen	149
F.	Bemerkungen zum Legalitätsprinzip	149
G.	Zwischenfazit	151
V.	Ausgestaltung spezifischer Programme	153
A.	Allgemeines	153
B.	Abklärungsplätze Bern	154
C.	«Sprungbrett» Uri	157
D.	ProTravail Waadt	160
E.	Zwischenfazit	162
VI.	Grenzen der Arbeitspflicht in der Gesetzgebung – Verankerung und Definition der Zumutbarkeit einer Arbeit	163
A.	Einleitung und SKOS-RL	163
B.	Vierorts keine Aussagen zur Zumutbarkeit	164
C.	Seltene Definitionen	165
D.	Differenzierte Betrachtung im Kanton Waadt	166
E.	Weitere Kantone: Grenzen mit anderen Begriffen umschrieben	167
F.	Ziele der Programme	168
1.	Allgemeines und SKOS-RL	168
2.	Kantonale Gesetzgebung	169
G.	Zwischenfazit	171

VII.	Zumutbare Arbeit in der sozialhilferechtlichen Rechtsprechung	174
A.	Einleitung	174
B.	Rechtsprechung des Bundesgerichts	174
1.	«Grundsätzlich zumutbar»	174
2.	«Gerichtsnotorisch» wirksam	177
3.	Rechtsgleichheit vor Individualität	179
4.	Grenzen der Zumutbarkeit	180
a)	Allgemeine Kriterien	180
b)	Grundrechtlich geschützte Betätigungsfelder	181
C.	Rechtsprechung der Kantone	183
1.	Verweis auf Art. 16 AVIG	183
2.	Betreuungsaufgaben	184
3.	Gesundheit	185
4.	Fähigkeiten, Ausbildung, Tätigkeiten	188
5.	Alter	189
6.	Lohn, Arbeitsbedingungen und soziale Sicherheit	190
7.	Erfolgsaussichten, Reintegrationschancen, Ziele	192
D.	Zwischenfazit	195
VIII.	Zusammenfassung Kapitel 3	196
	Fazit Teil I und Ausblick	198

Teil II: Verfassungs- und völkerrechtliche Analyse 201

Kapitel 4	Bedeutung der nationalen und internationalen Arbeits- und Sozialverfassung	203
I.	Einleitung	203
II.	Verhältnis von Landesrecht und Völkerrecht	205
A.	Relevante Fragen	205
B.	Innerstaatliche Verbindlichkeit	205
C.	Rang des Völkerrechts	206
D.	Unmittelbare Anwendbarkeit	208
III.	Grundsätzliches zu den Verpflichtungen aus Menschen- und Grundrechten ...	209
A.	Verpflichtungsdimensionen	209
1.	Von der Dichotomie zur Unteilbarkeit	209
2.	Unterlassungspflicht	211
3.	Schutzpflichten	212
4.	Gewährleistungspflichten	214

B.	Verpflichtungsgrad	215
1.	Sofortige oder progressive Umsetzung	215
2.	Ausnahme: Minimalverpflichtungen bei Schutz- und Leistungs- pflichten	216
C.	Auslegung von völkerrechtlichen Verträgen	218
1.	Auslegungsinstrumente der Vertragsorgane und deren innerstaatliche Wirkung	218
a)	UN-Pakte	218
b)	EMRK	219
c)	ILO-Übereinkommen	219
2.	Auslegungsregeln	221
3.	Integrative Auslegung der EMRK im Besonderen	222
D.	Direkte Anwendbarkeit (Justiziabilität und <i>self-executing</i>)	227
1.	Unterschied nach Verpflichtungsdimension	227
2.	Ausserhalb der Justiziabilität	231
E.	Schranken	232
1.	Grundsatz bei Unterlassungspflichten (Verletzung durch aktives Staatshandeln)	232
2.	Unklar bei Schutz- und Leistungspflichten (Verletzung durch Unterlassen)	233
a)	EMRK	233
b)	BV	234
c)	UN-Pakt I	236
IV.	Grund- und menschenrechtliche Herausforderungen von sozialhilfe- rechtlichen Beschäftigungsverhältnissen	240
A.	Welche Dimension, welcher Grad, welche Justiziabilität?	240
B.	Welche Schranken?	242
C.	Faktischer Grundrechtseingriff als Lösung?	246
1.	Einleitung	246
2.	Bei nicht gewährten Leistungen	247
3.	Sanktionsbehaftete Arbeitspflichten	249
4.	Übertragbarkeit	251
D.	Nachfolgend verwendeter Ansatz	253
V.	Zwischenfazit	254

Kapitel 5	Sozialstaatliche (Ziel-)Vorgaben der BV	256
I.	Einleitung	256
II.	Sozialstaatlichkeit und die Sozialverfassung	256
	A. Präambel und Zweckbestimmung	256
	B. Sozialziele der Bundesverfassung	258
	C. Soziale Grundrechte	260
	D. Kompetenznormen und Gesetzgebungsaufträge	260
	E. Hinweise auf kantonales Verfassungsrecht	261
III.	Solidarität, Subsidiarität und Eigenverantwortung	262
	A. Solidarität	262
	B. Subsidiarität und Eigenverantwortung	264
	1. Allgemeines	264
	2. Eigenverantwortung nach Art. 6 BV	265
	a) «Eine hervorstechende Eigenart»	265
	b) Normativer Gehalt	265
	c) Teilgehalte	267
	d) Besondere Bedeutung in der Sozial- und Nothilfe?	267
IV.	Zwischenfazit und Bedeutung für die Praxis	269
Kapitel 6	Menschenwürde	271
I.	Einleitung und Quellen	271
II.	Inhalt der Menschenwürde	272
III.	Menschenwürde als Verfassungsprinzip	274
IV.	Menschenwürde als Grundrecht im Verhältnis zu anderen Grundrechten	275
V.	Besonders relevante Aspekte der Menschenwürde für die Beurteilung der Zumutbarkeit einer Arbeit im Sozialhilferecht	278
	A. Minimale Dispositionsfreiheit und das Subsidiaritätsprinzip gem. Art. 12 BV	278
	B. Menschenwürde als Eingriffs- und Schutznorm (Sittlichkeitsgebote und -verbote)	281
	C. Gegenleistung und Integration: Pflicht oder Möglichkeit?	287
	D. Instrumentalisierungsverbot und prozessuale Grundrechte	290
VI.	Zwischenfazit und Beurteilung der Praxis	292
Kapitel 7	Recht auf Existenzsicherung	295
I.	Einleitung und Quellen	295
II.	Inhalt: Minimal Core Obligations (Kernverpflichtungen)	296
III.	Einschränkungen	298

IV.	Anspruchsvoraussetzungen, Bedingungen oder Auflagen	300
V.	Konkretisierung im Zusammenhang mit sozialhilferechtlichen Beschäftigungsverhältnissen	302
	A. Keine Arbeitsverpflichtungen als Anspruchsvoraussetzung	302
	B. Zusätzliche Schranken für Sanktionen	304
VI.	Verletzung der EMRK?	306
VII.	Zusammenhang mit anderen Rechten	308
VIII.	Zwischenfazit und Beurteilung der Praxis	309
Kapitel 8 Recht auf Arbeit		311
I.	Einleitung und Quellen	311
II.	Der Arbeitsbegriff	313
	A. Funktion und Bedeutung von Arbeit	313
	B. Bezahlte Arbeit	314
	C. Menschenwürdige Arbeit (<i>decent work</i>)	314
III.	Teilgehalte und Verpflichtungen	317
	A. Allgemeines	317
	B. Freiheit, aber kein Recht auf einen (bestimmten) Arbeitsplatz	317
	C. Produktive Vollbeschäftigung und aktive Arbeitsmarktpolitik	319
	D. Schutz vor Arbeitslosigkeit	321
IV.	Pflicht zur Arbeit?	322
V.	Das Recht auf Arbeit als Treiber für sozialhilferechtliche Beschäftigungsprogramme?	325
VI.	Zwischenfazit und Beurteilung der Praxis	327
Kapitel 9 Verbot von Zwangs- und Pflichtarbeit		331
I.	Einleitung und Quellen	331
II.	Definitionen und Schutzbereich	332
	A. Allgemeines	332
	B. Arbeit oder Dienstleistung	333
	C. Androhung einer Strafe	334
	D. Unfreiwilligkeit	336
	E. Schikane, Unterdrückung und Würdeverletzung?	339
	F. Zwischenfazit	339
III.	Ausnahmen	340
	A. Generell	340
	B. Normale Bürgerpflichten und Verhältnismässigkeitsprüfung	341

C.	Konkretisierung des Verhältnismässigkeitstests	344
1.	Legitimes Interesse	344
2.	Arbeitsbedingungen	345
3.	Persönliche Gründe	346
4.	Sanktionen – Ausstiegsmöglichkeit	347
IV.	Weitere Anwendungsbereiche des Zwangsarbeitsverbots	349
A.	Arbeiten im Strafvollzug	349
B.	Menschenhandel, Leibeigenschaft und staatliche Schutzpflichten	352
C.	Staatlich angeordnete Massnahmen	354
V.	Zwischenfazit und Beurteilung der Praxis	355
Kapitel 10 Recht auf frei gewählte Arbeit		360
I.	Einleitung und Quellen	360
II.	Definitionen und Schutzbereich	361
A.	Abgrenzung zum Verbot der Zwangsarbeit	361
B.	Freie Wahl ohne Zwang	362
C.	(Diskriminierungsfreier) Zugang zum Arbeitsmarkt	364
III.	Konkretisierung in Bezug auf sozialhilferechtliche Beschäftigungsverhältnisse	366
A.	Liegt eine Einschränkung vor?	366
B.	Zumutbarkeitsschranke notwendig	369
C.	Konkretisierung der Zumutbarkeit	370
1.	Umfassende Betrachtung	370
2.	Legitimes Interesse – Ziel der Programme	370
3.	Arbeitsbedingungen	372
4.	Keine Hinderung des Zugangs zum Arbeitsmarkt	372
5.	Mitspracherecht	373
6.	Hin zur Konvergenz mit arbeitslosenversicherungsrechtlichen Kriterien?	374
D.	Spezifische ILO-Empfehlung zu Programmen für Jugendliche	375
E.	Exkurs: Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit und Grundsatzkonformität von Einschränkungen	376
IV.	Zwischenfazit und Beurteilung der Praxis	378
Kapitel 11 Recht auf günstige und gerechte Arbeitsbedingungen		381
I.	Einleitung und Quellen	381
II.	Verpflichtungen und Teilgehalte	383
A.	Persönlicher Schutzbereich	383

B. Entgelt: Gleichbehandlung und Angemessenheit	384
1. Angemessenheit im Allgemeinen	384
2. Gleichbehandlung	385
3. Angemessener Lebensunterhalt	386
C. Gesundheitsschutz und Arbeitssicherheit	388
D. Arbeitszeit	391
E. Besondere Stellung von Lehrverhältnissen und Ausbildungen	393
F. Zwischenfazit	394
III. Konkretisierung im Zusammenhang mit sozialhilferechtlichen Beschäftigungsverhältnissen	395
A. Allgemeines	395
B. Entgelt	396
1. Grundsätze und kantonale Mindestlöhne	396
2. Abweichungen in Beschäftigungsprogrammen	400
3. Vereinbarkeit der Abweichungen mit Art. 7 UN-Pakt I	400
a) Sozialhilfe als angemessener Lohn?	400
b) Programme mit Integrationszulage	401
c) «Entlöhnte» Programme	403
d) Bei Einsätzen im ersten Arbeitsmarkt	405
e) Rückzahlungsverpflichtungen	406
4. Zwischenfazit und Ausblick	406
C. Gesundheitsschutz, Arbeitssicherheit, Arbeitszeit	407
1. Grundsätze der Umsetzung	407
2. Abweichungen in Beschäftigungsprogrammen	410
D. Lehrverhältnisse und Ausbildungen	412
IV. Zwischenfazit und Beurteilung der Praxis	415
Kapitel 12 Menschen mit Behinderung	417
I. Einleitung und Quellen	417
II. Begriff der Behinderung	418
III. Gleiches Recht auf Arbeit (Art. 27 BRK): Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung	419
A. Grundsatz der Gleichbehandlung	419
B. Zumutbare Massnahmen zur Beseitigung von Ungleichbehandlungen	421
IV. Habilitation, Rehabilitation und Arbeit (Art. 26 BRK)	424

V.	Konkretisierung im Zusammenhang mit geschützten Arbeitsplätzen und spezifische Massnahmen für Menschen mit Behinderungen	426
A.	Geschützte Arbeitsplätze	426
1.	Vorgaben der BRK	426
2.	Bundesrechtliche Vorgaben für Werkstätten	427
B.	Spezifische Massnahmen: Einarbeitungszuschuss	429
C.	Bedeutung für sozialhilferechtliche Beschäftigungsverhältnisse	430
VI.	Zwischenfazit und Beurteilung der Praxis	432
Kapitel 13 Weitere Menschen- und Grundrechte		435
I.	Einleitung	435
II.	Recht auf persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV)	436
A.	Allgemeines zur persönlichen Freiheit	436
B.	Anwendungsfälle	439
C.	Einordnung	440
1.	Rechtsprechung	440
2.	Abgrenzung zur Berufsfreiheit	442
3.	Bettelverbot	442
III.	Recht auf Leben	445
A.	Anwendungsfall	445
B.	Einordnung	446
IV.	Glaubens- und Gewissensfreiheit	447
A.	Anwendungsfälle	447
B.	Einordnung	449
V.	Meinungsausserungsfreiheit	452
A.	Anwendungsfälle	452
B.	Einordnung	453
VI.	Kulturelle Identität	457
A.	Anwendungsfall	457
B.	Einordnung	458
VII.	Kunstfreiheit	460
A.	Anwendungsfall	460
B.	Einordnung	461
VIII.	Informationelle Selbstbestimmung und Datenschutz	465
A.	Grundsätze und offene Fragen	465
B.	Schutz der Privatsphäre am Einsatzplatz	467
IX.	Zwischenfazit und Beurteilung der schweizerischen Praxis	470

Fazit Teil II und Ausblick	472
I. Allgemeines	472
II. Subsidiarität und Anspruchsvoraussetzungen	473
III. Leistung und Gegenleistung	475
IV. Kriterien zur Zumutbarkeit einer Arbeit	477
A. Allgemeines	477
B. Konkrete Kriterien	478
C. Freiwilligkeit?	481
D. Fähigkeiten oder angestammter Beruf?	482
V. Ausblick	483
 Teil III: Sozialversicherungsrechtliche Regelungen als Alternative?	485
 Kapitel 14 Arbeitslosenversicherung	487
I. Einleitung	487
II. Völkerrechtlicher Rahmen	489
III. Zumutbare Arbeit gem. Art. 16 AVIG	493
A. Allgemeines und Anwendungsbereich	493
B. Von der positiven Umschreibung	494
C. ... zur negativen	498
D. Die einzelnen Elemente	500
1. Arbeitsbedingungen und Schutz vor Dumping	500
2. Berufsschutz	500
a) Allgemeines	500
b) Zeitliche Graduierung	501
c) Junge Arbeitslose	503
3. Alter, Gesundheit, persönliche Verhältnisse (Art. 16 Abs. 2 lit. c AVIG)	505
4. Geografische Mobilität (Art. 16 Abs. 2 lit. f AVIG)	506
5. Abrufbereitschaft (Art. 16 Abs. 2 lit. g AVIG)	507
6. Schutzideen aus dem kollektiven Arbeitsrecht (Art. 16 Abs. 2 lit. e AVIG)	507
7. Zwischenverdienst und lohnmäßige Zumutbarkeit (Art. 16 Abs. 2 lit. i AVIG)	507
8. Lohnmäßige Zumutbarkeit bei verminderter Leistungsfähigkeit (Art. 16 Abs. 3 AVIG)	510

IV.	Zumutbare Arbeit in den arbeitsmarktlichen Massnahmen	511
A.	Entstehung und Ziel der arbeitsmarktlichen Massnahmen	511
1.	Entstehung	511
2.	Ziel	512
B.	Abweichende Definition der zumutbaren Arbeit in Beschäftigungs- massnahmen	513
C.	Programm zur vorübergehenden Beschäftigung (PvB)	515
D.	Berufspraktika	517
E.	Weitere Aspekte	518
1.	Zeitliche Beschränkung	518
2.	Rechtsbeziehungen	519
3.	Tripartite Kommissionen	519
4.	Evaluationen	520
V.	Folgen der Nichtannahme zumutbarer Arbeit: Sanktionen	521
A.	Allgemeines	521
B.	Befristete Einstellung in der Anspruchsberechtigung	522
C.	Verlust der Anspruchsberechtigung	523
VI.	Vereinbarkeit mit übergeordnetem Recht	526
VII.	Zwischenfazit – Übertragbarkeit auf Sozialhilfe?	528
A.	Generelles	528
B.	Art. 16 Abs. 2 AVIG	528
C.	Abweichung in den Beschäftigungsmassnahmen	530
D.	Sanktionen	531
Kapitel 15 Invalidenversicherung		534
I.	Einleitung	534
II.	Völkerrechtlicher Rahmen	536
III.	Zumutbarkeit von Eingliederungsmassnahmen im IVG	538
A.	Pflicht und Recht zur Eingliederung vor und aus Rente	538
B.	Zumutbarkeit nach Art. 7a IVG	540
1.	Entstehungsgeschichte	540
2.	Umstrittene Verfassungs- und Völkerrechtskonformität	542
3.	(Etwas) Klärung durch BGE 145 V 2	544
4.	Eingliederungswirksamkeit relativiert Art. 7a IVG	544
5.	Relativierung durch grundrechtlich geschützte Positionen?	547
C.	Zusätzliche Schranken bei Massnahmen beruflicher Art?	551

IV.	Folgen der Nichtteilnahme an einer zumutbaren beruflichen Massnahme	553
V.	Vereinbarkeit mit übergeordnetem Recht	555
VI.	Zwischenfazit – Übertragbarkeit?	557
	Fazit Teil III und Ausblick	560
Teil IV: Handlungsempfehlungen und Zusammenfassung		563
Kapitel 16 Handlungsempfehlungen		565
I.	Gesetzgeberinnen	565
II.	SKOS	570
III.	Sozialämter und Sozialdienste	571
IV.	Gerichte	574
V.	Betroffene und ihre Rechts- und Interessensvertreter_innen	576
VI.	Forschung	577
Kapitel 17 Zusammenfassende Schlussbetrachtung		579
I.	Ausgangslage und Fragestellung	579
II.	Umfassende Betrachtung ist notwendig	580
	A. Völker- und verfassungsrechtliche Vorgaben	580
	B. Aktuelle Praxis	581
	C. Kritik und alternative Handlungsmöglichkeiten	581
III.	Wirksame Beschäftigungsprogramme sind notwendig	582
	A. Vorgaben des Völker- und Verfassungsrechts	582
	B. Aktuelle Praxis	583
	C. Kritik und alternative Handlungsmöglichkeiten	583
IV.	Subsidiarität und Anspruchsvoraussetzungen	585
	A. Vorgaben des Völker- und Verfassungsrechts	585
	B. Aktuelle Praxis	586
	C. Kritik und alternative Handlungsmöglichkeiten	587
V.	Gegenleistung als Aspekt der Pflichtenebene der Subsidiarität	588
	A. Vorgaben des Völker- und Verfassungsrechts	588
	B. Aktuelle Praxis	590
	C. Kritik und alternative Handlungsmöglichkeiten	590

VI.	Zumutbarkeit konkretisieren	591
A.	Vorgaben des Völker- und Verfassungsrechts	591
B.	Aktuelle Praxis	593
C.	Kritik und alternative Handlungsmöglichkeiten	593
VII.	Schlusswort	595
Anhang I –	Richtlinien Programmteilnahme Sprungbrett	597
Anhang II –	Musterverfügung Programmteilnahme Sprungbrett	599

Verzeichnisse

Literaturverzeichnis

Nachfolgende Literatur wird mit dem Nachnamen der Autor_in und ggf. mit dem *kursiv* gesetzten Stichwort zitiert. Bei mehreren Autor_innen mit demselben Nachnamen wird zusätzlich der erste Buchstabe des Vornamens erwähnt. Im Übrigen gilt die in den Klammern angegebene Zitierweise. Die bibliographischen Angaben der Werke, die nicht mehrmals verwendet werden, finden sich in den jeweiligen Fussnoten.

ADAMS ZOË/DEAKIN SIMON, Article 4, The Right to a Fair Remuneration, in: Bruun Niklas/Lörcher Klaus/Schömann Isabelle/Clauwaert Stefan (Hrsg.), The European Social Charter and the Employment Relation, Oxford/Portland 2017, S. 198–219.

AEPPLI DANIEL C./RAGNI THOMAS, Ist Erwerbsarbeit für Sozialhilfebezüger ein Privileg? SECO Publikation Arbeitsmarktpolitik No. 28, Bern 2009.

AKKAYA GÜLCAN, Grund- und Menschenrechte in der Sozialhilfe – Ein Leitfaden für die Praxis, Luzern 2015.

ALSTON PHILIP/QUINN GERARD, The Nature and Scope of States Parties' Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Human Rights Quarterly 9 (1987), S. 156–229.

AMSTUTZ KATHRIN, *Bemerkungen* zum Urteil des Verwaltungsgerichts vom 18. Oktober 2012 i.S. X. gegen Gemeinde Bern und Regierungstatthalteramt (VGE 100.2011.428), BVR 2013, S. 481–486.

Anspruchsvoraussetzungen und -inhalt, in: Tschudi Carlo (Hrsg.), Das Grundrecht auf Hilfe in Notlagen. Menschenwürdige Überlebenshilfe oder Ruhekrissen für Arbeits-scheue?, Bern 2005, S. 17–32.

Menschenwürde, Sozialstaat und Grundrechtsschutz, in: Schmid Walter/Tecklenburg Ueli (Hrsg.), Menschenwürdig leben?: Fragen an die Schweizer Sozialhilfe: eine Publikation zum 100-jährigen Bestehen der Schweizer Konferenz für Sozialhilfe (SKOS), Luzern 2005, S. 83–97.

Einstellung von Sozialhilfeleistungen bei Ablehnung zumutbarer Arbeit. Anmerkungen zum Bundesgerichtsurteil 2P.147/2002 vom 4. März 2003, ZESO 7/8 2003, S. 97–98.

Das Grundrecht auf Existenzsicherung. Bedeutung und inhaltliche Ausgestaltung des Art. 12 der neuen Bundesverfassung, Diss. Bern, Bern 2002.

AUBERT JEAN-FRANÇOIS/MAHON PASCAL, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse, Zürich/Basel/Genf 2003 (zit. AUTOR, Petit commentaire, N ... zu Art. ... BV).

AUER ANDREAS/MALINVERNI GIORGIO/HOTTELIER MICHEL, Droit constitutionnel suisse, Volume II, les droits fondamentaux, 3. Aufl., Bern 2013.

BANAFSCHE MINOU, Freie Berufswahl für Arbeitslose und Arbeitsgelegenheiten gegen Mehraufwandsentschädigung im Lichte von Grundgesetz und UN-Sozialpakt, VSSR 2/2012, S. 131–156.

- BAUMANN FELIX, Das Grundrecht der persönlichen Freiheit in der Bundesverfassung unter besonderer Berücksichtigung der geistigen Unversehrtheit, Diss. Freiburg i.Ue., Zürich/Basel/Genf 2011.
- BAUMANN MERET, Das Solidaritätsprinzip im schweizerischen Sozialversicherungsrecht, Diss. Zürich, Zürich 2008.
- BEHNSEN ALEXANDER, Kommentar zu Art. 4 EMRK, in: Karpenstein Ulrich/Mayer Franz (Hrsg.), EMRK, Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte, 2. Aufl., München 2015.
- BELSER EVA MARIA, The White Man's Burden. Arbeit und Menschenrechte in der globalisierten Welt, Bern 2007.
- BELSER EVA MARIA/WALDMANN BERNHARD, Nothilfe: Ein Recht mit unbestimmtem Inhalt?, in: Riemer-Kafka Gabriela/Rumo-Jungo Alexandra (Hrsg.), Soziale Sicherheit – Soziale Unsicherheit, FS für Erwin Murer zum 65. Geburtstag, Bern 2010, S. 31–61.
- BERTSCHI MARTIN/GÄCHTER THOMAS, Schöne Worte? Zur Eignung der Präambel, des Zweckartikels und des Appells an die Verantwortung als Leitlinien staatlichen Handelns, in: Gächter Thomas/Bertschi Martin (Hrsg.), Neue Akzente in der «nachgeführten» Bundesverfassung, Zürich 2000, S. 3–32.
- BEYELER MICHELLE/SALZGEBER RENATE/SCHUWEY CLAUDIA, Kennzahlenvergleich zur Sozialhilfe in Schweizer Städten, Berichtsjahr 2016, 14 Städte im Vergleich, Städteinitiative Sozialpolitik (Hrsg.), online <https://staedteinitiative.ch/cmsfiles/de_kennzahlen_sozialhilfe_bericht_2016.pdf>, besucht am 30.04.2021, Bern 2017.
- BIAGGINI GIOVANNI, Kommentar Bundesverfassung, 2. Aufl., Zürich 2017.
- BIGLER-EGGENBERGER MARGRITH, Kommentar zu Art. 12 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Mastronardi Philippe/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2008 (zit. BIGLER-EGGENBERGER, N ... zu Art. 12 BV).
- BONVIN JEAN-MICHEL/CIANFERONI NICOLA/WIDMER FRÉDÉRIC, Promoting Quality of Employment in the European Union and Beyond. The Necessary Contribution of Law, in: Borelli Silvia/Vielle Pascale (Hrsg.), Quality of employment in Europe: legal and normative perspectives, Brüssel 2012, S. 257–272.
- BORGHI MARCO, La détermination juridique du noyau intangible d'un droit social: Le droit au logement, in: Meyer-Bisch Patrice (Hrsg.), Le noyau intangible des droits de l'homme, Actes du VIIe Colloque interdisciplinaire sur les droits de l'homme, Freiburg i.Ue. 1991, S. 125–138.
- BORGHI MARCO/PREVITALI ADRIANO, L'effectivité des droits de l'homme et les assurances sociales, in: Riemer-Kafka Gabriela/Rumo-Jungo Alexandra (Hrsg.), Soziale Sicherheit – Soziale Unsicherheit, FS für Erwin Murer zum 65. Geburtstag, Bern 2010, S. 63–99.
- BREINING-KAUFMANN CHRISTINE/WINTSCH SANDRA, Rechtsfragen zur Beschränkung der Nothilfe, ZBl 106/2005, S. 497–514.
- BREITSCHMID CORNELIA, Verfahren und Rechtsschutz, in: Häfeli Christoph (Hrsg.), Das schweizerische Sozialhilferecht, Luzern 2008, S. 339–367.

- BRUNNER ANDREAS, Arbeitsunfähigkeit und Schadensminderungspflicht – Zumutbarkeit der Verweisungstätigkeit, in: Riemer-Kafka Gabriela (Hrsg.), Case Management und Arbeitsunfähigkeit, Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft, Band 13, Zürich/Basel/Genf 2006, S. 67–97.
- BUCHER SILVIA, Eingliederungsrecht der Invalidenversicherung, Bern 2011.
- BUENO NICOLAS, From the Right to Work to Freedom from Work, International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations 33 (2017), no. 4, S. 463–488.
- BUNDESAMT FÜR STATISTIK, *Haushaltseinkommen* und -ausgaben, www.bfs.admin.ch (Statistik finden / Wirtschaftliche und soziale Situation der Bevölkerung / Einkommen, Verbrauch und Vermögen), besucht am 30.04.2021.
- Sozialhilfebeziehende* von 18 bis 64 Jahren nach Erwerbssituation und Beschäftigungsgrad, www.bfs.admin.ch (Statistiken finden / Soziale Sicherheit / Sozialhilfe / Sozialhilfebeziehende / Wirtschaftliche Sozialhilfe), besucht am 30.04.2021.
- Selbständige* Erwerbstätigkeit in der Schweiz, 2017, Schweizerische Arbeitskräfte Erhebung (SAKE), Neuenburg Oktober 2018, www.bfs.admin.ch (Statistiken finden / Arbeit und Erwerb / Erwerbstätigkeit und Arbeitszeit / Erwerbspersonen / Arbeitsmarktsstatus, Erwerbsstatus / Publikationen), besucht am 30.04.2021.
- 10 Jahre Schweizerische Sozialhilfestatistik, Neuenburg 2016.
- Armut* in der Schweiz: Konzepte, Resultate und Methoden. Ergebnisse auf der Basis von SILC 2008 bis 2010, Neuenburg 2012.
- BUNDESRAT, Rolle der *Sozialfirmen*, Bericht in Erfüllung des Postulats (13.3079) Carobbio Guscetti «Rolle der Sozialfirmen» vom 14. März 2013, 19. Oktober 2016.
- CHAN CHAK KWAN/BOWPITT GRAHAM, Human Dignity and Welfare Systems, Bristol 2005.
- CHATTON GREGOR T., Vers la pleine *reconnaissance* des droits économiques, sociaux et culturels, Genf/Zürich/Basel 2013.
- Aspects* de la justiciabilité des droits sociaux de l'Homme. Cinq variations autour d'un thème méconnu, Bern 2012.
- L'interdépendance des droits de l'Homme, Bern 2012.
- COLLINS HUGH, Is there a Human Right to Work?, in: Mantouvalou Virginia (Hrsg.), The Right to Work, Legal and Philosophical Perspectives, Oxford/Portland 2015, S. 17–38.
- COULLERY PASCAL, Der *Verfassungsanspruch* auf existenzsichernde Leistungen, Jusletter vom 25. März 2019.
- Das Recht auf Sozialhilfe, Diss. Bern, Bern/Stuttgart/Wien 1993.
- COULLERY PASCAL/MEWES NATHALIE, Sozialhilferecht, in: Müller Markus/Feller Reto (Hrsg.), Bernisches Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Bern 2021, S. 743–800.
- COUR DES COMPTES DU CANTON DE VAUD, Audit de la performance des mesures cantonales d'insertion professionnelle destinées aux bénéficiaires de l'aide sociale, Rapport n° 29 du 3 novembre 2014, online <https://www.vd.ch/fileadmin/user_upload/organisation/cour_comptes/1_Rapports_d_audit/29_Rapport.pdf>, besucht am 30.04.2021.
- CRAVEN MATTHEW, The international covenant on economic, social, and cultural rights: a perspective on its development, 2. Aufl., Oxford 2002.

- DAHMEN CAROLIN, Die Verpflichtung zur Arbeit im Strafvollzug, Diss. Köln, Frankfurt a.M. 2011.
- DAVILLA SOFIA, Die Eigenverantwortung im SGB III und SGB II, Obliegenheiten und Sanktionen zur Beendigung von Arbeitslosigkeit und Hilfebedürftigkeit, Diss. Köln, Frankfurt a.M. 2011.
- DEAKIN SIMON, Article 1, The Right to Work, in: Bruun Niklas/Lörcher Klaus/Schömann Isabelle/Clauwaert Stefan (Hrsg.), The European Social Charter and the Employment Relation, Oxford/Portland 2017, S. 147–165.
- DE LE COURT ALEXANDRE, The obligation of unemployed to accept «suitable» employment. Continental Welfare States in a multilevel perspective, in: Bazzani Tania/Singer Reinhard (Hrsg.), Dealing with Unemployment: Labour Market Policy Trends, Berlin 2018, S. 23–74.
- DEMIR EYLEM, Die internationale Dimension des Arbeitsrechts, in: Pärli Kurt et al. (Hrsg.), Arbeitsrecht im internationalen Kontext. Völkerrechtliche und europarechtliche Einflüsse auf das schweizerische Arbeitsrecht, Zürich/St. Gallen 2017, S. 7–173.
- DERMINE ELISE, The right to work: a *justification* for welfare to work?, in: Eleveld Anja/Kampen Thomas/Arts Josien (Hrsg.), Welfare to Work in Contemporary European Welfare States. Legal, Sociological and Philosophical Perspectives on Justice and Domination, Bristol 2020, S. 49–66.
- Limitation of welfare to work: the prohibition of forced labour and the right to freely chosen work*, in: Eleveld Anja/Kampen Thomas/Arts Josien (Hrsg.), Welfare to Work in Contemporary European Welfare States. Legal, Sociological and Philosophical Perspectives on Justice and Domination, Bristol 2020, S. 67–87.
- Droit au travail et politiques d'activation des personnes sans emploi. Etude critique du rôle du droit international des droits humains, Brüssel 2017.
- Activation Policies for the Unemployed and the International Human Rights Case Law on the Prohibition of *Forced Labour*, in: Dermine Elise/Dumont Daniel (Hrsg.), Activation Policies for the Unemployed, the Right to Work and the Duty to Work, Brüssel 2014, S. 103–138.
- Activation Policies for the Unemployed and the International Human Rights Case Law on the Right to *Freely Chosen Work*, in: Dermine Elise/Dumont Daniel (Hrsg.), Activation Policies for the Unemployed, the Right to Work and the Duty to Work, Brüssel 2014, S. 139–177.
- Suitable Employment* and Job of Quality, in: Borelli Silvia/Vielle Pascale (Hrsg.), Quality of Employment in Europe: Legal and Normative Perspectives, Brüssel 2012, S. 157–180.
- DERMINE ELISE/DUMONT DANIEL, Activation Policies for the Unemployed, the Right to Work and the Duty to Work: Which Interactions?, in: Dermine Elise/Dumont Daniel (Hrsg.), Activation Policies for the Unemployed, the Right to Work and the Duty to Work, Brüssel 2014, S. 11–20.
- DE ROSSA GISIMUNDO FÉDÉRICA, Pour un revenu équitable (mais non inconditionnel), ZSR 138 (2019), S. 539–560.

- DE SCHUTTER OLIVIER, Welfare State Reform and Social Rights, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 33/2 (2015), S. 123–162.
- DESPLAND BÉATRICE, L'obligation de diminuer le dommage en cas d'atteinte à la santé. Son application aux prestations en espèces dans l'assurance-maladie et l'assurance-invalidité. Analyse sous l'angle du droit d'être entendu, Diss. Neuenburg, Genf/Zürich/Basel 2012.
- DOMENICONI SILVIA/TECKLENBURG UELI/WYER BETTINA, Der aktivierende Sozialstaat: zwischen Arbeitszwang und Hilfe, in: Gurny Ruth/Tecklenburg Ueli (Hrsg.), *Arbeit ohne Knechtschaft*, Zürich 2013, S. 249–269.
- DÖRR OLIVER, Kommentar zu Art. 31, in: Dörr Oliver/Schmalenbach Kirsten (Hrsg.), *Vienna Convention on the Law of Treaties, A commentary*, Heidelberg/Berlin 2012.
- DRÖGE CORDULA, *Positive Verpflichtungen der Staaten in der Europäischen Menschenrechtskonvention*, Berlin 2003.
- DRZEWICKI KRZYSTOF, The Right to Work and Rights in Work, in: Eide Asbjørn/Krause Catarina/Rosas Allan (Hrsg.), *Economic, Social and Cultural Rights. A Textbook*, 2. Aufl., Den Haag 2001, S. 223–243.
- DUBEY JACQUES, *Droits fondamentaux, Volume II: Libertés, garanties de l'Etat de droit, droits sociaux et politiques*, Basel 2018.
- DUNAND JEAN-PHILIPPE/DREYER KIM, Protection des travailleurs, in: Hertig Randall Maya/Hottelier Michel (Hrsg.), *Introduction aux droits de l'homme*, Genf 2014, S. 202–223.
- EHRENZELLER BERNHARD/MASTRONARDI PHILIPPE/SCHWEIZER RAINER J./VALLENDER KLAUS A. (Hrsg.), *Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar*, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014 (zit. AUTOR_IN, St. Galler Kommentar, N ... zu Art. ...).
- EICHENHOFER EBERHARD, *The Law of the Activating Welfare State*, Baden-Baden 2015.
- EIDE ASBJØRN, The Right to an Adequate Standard of Living including the Right to Food, in: Eide Asbjørn/Krause Catarina/Rosas Allan (Hrsg.), *Economic, Social and Cultural Rights. A Textbook*, Den Haag 2001, S. 133–148.
- Realization of Social and Economic Rights and the minimum threshold approach*, International Commission of Jurists Review, No. 43 1989, S. 40–52.
- EIDGENÖSSISCHE FINANZKONTROLLE, Die Programme zur vorübergehenden Beschäftigung und die Berufspraktika der Arbeitslosenversicherung. Evaluation der Wirkungen, des Vollzugs und der Aufsicht, online <[https://www.efk.admin.ch/images/stories/efk_dokumente/publikationen/evaluationen/Evaluationen_\(47\)/13470BE_Schlussbericht_V04_d.pdf](https://www.efk.admin.ch/images/stories/efk_dokumente/publikationen/evaluationen/Evaluationen_(47)/13470BE_Schlussbericht_V04_d.pdf)>, besucht am 30.04.2021, Bern 2015.
- EIKÖTTER MIRKO, Inklusion und Arbeit: zwischen Rechts- und Ermessensanspruch: Rechte und Leistungen zur Teilhabe am Arbeitsleben von Menschen mit Behinderungen nach Inkrafttreten der UN-Behindertenrechtskonvention in Deutschland, Weinheim 2017.
- ELEVELD ANJA, The Sanctions Mitigation Paradox in Welfare to Work Benefit Schemes, *Comparative Labour Law & Policy Journal*, Vol. 39 (2018), S. 449–473.
- ESPING-ANDERSEN GØSTA, *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, Cambridge 1990.

- FÄSSLER PATRICK, Schadenminderungsauflagen und Leistungsverweigerung im Abklärungsverfahren?, SZS 2/2017, S. 137–165.
- FREEDLAND MARK/KOUNTOURIS NICOLA, The Right to (Decent) Work in a European Comparative Perspective, in: Mantouvalou Virginia (Hrsg.), The Right to Work, Legal and Philosophical Perspectives, Oxford/Portland 2015, S. 123–136.
- FROHWERK ARNO, Soziale Not in der Rechtsprechung des EGMR, Tübingen 2012.
- FROWEIN JOCHEN, Kommentar zu Art. 4 EMRK, in: Frowein Jochen/Peukert Wolfgang (Hrsg.), Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK-Kommentar, 3. Aufl., Kehl 2009.
- GÄCHTER THOMAS, § 30 Allgemeine *Grundrechtslehren*, in: Biaggini Giovanni/Gächter Thomas/Kiener Regina (Hrsg.), Staatsrecht, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2015.
- Grundstrukturen des schweizerischen Rechts der Sozialen Sicherheit, Charakterisierung des schweizerischen Modells, ZSR 133 (2014), S. 5–111.
- Die *Zumutbarkeit* und der sozialversicherungsrechtliche Beweis, in: Murer Erwin (Hrsg.), Was darf dem erkrankten oder verunfallten Menschen zugemutet werden? Die Zumutbarkeit als Schlüsselbegriff des Versicherungs- und des Haftpflichtrechts sowie der Versicherungsmedizin, Bern 2008, S. 229–265.
- Rechtsmissbrauch* im öffentlichen Recht, Zürich/Basel/Genf 2005.
- GÄCHTER THOMAS/BURCH STEPHANIE, § 3 Stellung der Sozialen Sicherheit in der Rechtsordnung, in: Steiger-Sackmann Sabine/Mosimann Hans-Jakob (Hrsg.), Recht der Sozialen Sicherheit, Handbücher für die Anwaltspraxis, Band XI, Basel 2014, S. 81–93.
- GÄCHTER THOMAS/EGLI PHILIPP, Informationsaustausch im Umfeld der Sozialhilfe, Jusletter vom 6. September 2010.
- GÄCHTER THOMAS/MEIER MICHAEL E., Der Entscheid «Di Trizio»: Wirklich eine Rechtssache für den EGMR?, HAVE 4/2016, S. 480–484.
- GEISER THOMAS, Gibt es ein Verfassungsrecht auf einen Mindestlohn?, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen, FS Hengartner, St. Gallen/Lachen 1998, S. 809–829.
- GEISER THOMAS/MÜLLER ROLAND/PÄRLI KURT, Arbeitsrecht in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2019.
- GERHARDS GERHARD, Grundriss des neuen Arbeitslosenversicherungsrechts, Bern/Stuttgart/Wien 1996.
- GESUNDHEITS-, SOZIAL- UND FÜRSORGEDIREKTION (GEF), Detailkonzept Beschäftigungs- und Integrationsangebote der Sozialhilfe *BIAS*. Gültig für die Angebotspalette ab 2020, Stand: Januar 2020, www.gef.be.ch (Soziales / Berufliche und soziale Integration / Für Sozialhilfebeziehende / Beschäftigungs- und Integrationsangebote (BIAS) / Detailkonzept 2020), besucht am 30.04.2021.
- Beschäftigungs- und Integrationsangebote der Sozialhilfe (BIAS), *Auswertung* und Ergebnisse 2018.
- GLOOR WERNER, Kopftuch an der Kasse – Religionsfreiheit im privaten Arbeitsverhältnis, ARV 1/2006, S. 1–16.

- GORDZIELIK TERESIA, Sozialhilfe im Asylbereich. Zwischen Migrationskontrolle und menschenwürdiger Existenzsicherung, Diss. Freiburg i.Ue., Zürich/Basel/Genf 2020.
- GRAUMANN SIGRID, Assistierte Freiheit: von einer Behindertenpolitik der Wohltätigkeit zu einer Politik der Menschenrechte, Frankfurt a.M. 2011.
- GREBER PIERRE-YVES, Le droit international de la sécurité sociale, in: Meyer Ulrich (Hrsg.), Soziale Sicherheit – Sécurité sociale, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht (SBVR), Band XIV, 3. Aufl., Basel 2016, S. 93–161.
- GUNDT NICOLA, EU activation policy and its effects on the fundamental social right to work, European Journal of Social Law, No. 2, June 2013, S. 147–161.
- GYSIN CHARLOTTE, Der Schutz des Existenzminimums in der Schweiz, Diss. Basel, Basel 1999.
- HÄFELI CHRISTOPH, Prinzipien der Sozialhilfe, in: Häfeli Christoph (Hrsg.), Das Schweizerische Sozialhilferecht, Rechtsgrundlagen und Rechtsprechung, Luzern 2008, S. 67–85.
- HÄFELIN ULRICH ET AL., Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016.
- HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016.
- HANGARTNER YVO, Öffentlich-rechtliche Abteilung, 18.3.2005, X. c. Departement des Innern und Verwaltungsgericht des Kantons Solothurn (2P.318/2004), Staatsrechtliche Beschwerde. Bemerkungen, AJP 2005, S. 1147–1151.
- HÄNZI CLAUDIA, Die Richtlinien der schweizerischen Konferenz für Sozialhilfe. Entwicklung, Bedeutung und Umsetzung der Richtlinien in den deutschsprachigen Kantonen der Schweiz, Diss. Basel, Basel 2011.
- Leistungen der Sozialhilfe in den Kantonen*, in: Häfeli Christoph (Hrsg.), Das Schweizerische Sozialhilferecht, Luzern 2008, S. 87–150.
- Sozialhilferechtliche Pflicht zur Aufnahme einer Arbeit*, dRSK vom 3. Juni 2008.
- HARTMANN KARL, Vom Recht auf Existenzsicherung zur Nothilfe. Eine Chronologie, ZBl 106/2005, S. 410–432.
- HERTIG RANDALL MAYA, Comment *déterminer* le minimum pour une vie décente? Inspirations de la jurisprudence allemande, in: Hottelier Michel/Hertig Randall Maya/Flückiger Alexandre (Hrsg.), Etudes en l'honneur du Professeur Thierry Tanquerel. Entre le droit constitutionnel et le droit administratif: questions autour du droit de l'action publique, Genf 2019, S. 145–158.
- La restriction des droits sociaux*, in: Zuffrey Jean-Baptiste/Dubey Jacques/Previtali Adriano (Hrsg.), L'homme et son droit. Mélanges en l'honneur de Marco Borghi, Zürich/Basel/Genf 2011, S. 185–209.
- HESS-KLEIN CAROLINE, Le cadre conventionnel et constitutionnel du droit de l'égalité des personnes handicapées, in: Bellanger François/Tanquerel Thierry, L'égalité des personnes handicapées: principes et concrétisation, Zürich/Basel 2017, S. 9–99.

- HEUSSER PIERRE, Von der Fürsorge zur *Repression*. Etappen hin zur fortschreitenden Schwächung des Sozialhilferechts, in: 40 Jahre Demokratische Jurist_innen Schweiz (DJS): unbequem, kritisch, engagiert, Bern 2018, S. 121–128.
- Der Grundbedarf in der Sozialhilfe: Von der Wissenschaft zur Willkür, Jusletter vom 11. Dezember 2017.
- HOBİ TOBIAS, Leistungsreduktionen als Sanktion wegen fehlender Bedürftigkeit oder gestützt auf das Subsidiaritätsprinzip, Jusletter vom 14. November 2016.
- HOFSTETTER DAVID, Das Verhältnismässigkeitsprinzip als Grundsatz rechtsstaatlichen Handelns (Art. 5 Abs. 2 BV). Ausgewählte Aspekte, Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2014.
- HOOP RENAAT, Political-Philosophical Perspectives on the Duty to Work in Activation Policies for the Unemployed, in: Dermine Elise/Dumont Daniel (Hrsg.), Activation Policies for the Unemployed, the Right to Work and the Duty to Work, Brüssel 2014, S. 33–56.
- HUMMEL-LILJEGREN HERMANN, Zumutbare Arbeit, Das Grundrecht des Arbeitslosen, Berlin 1981.
- HÜRZELER MARC, Schadensprävention und Schadensminderung im Sozialversicherungs- und Haftpflichtrecht, in: Wolf Salome/Mona Martino/Hürzeler Marc (Hrsg.), Prävention im Recht, Basel 2008, S. 163–181.
- IMHOF EDGAR, Internationalrechtliche und landesrechtliche Ansatzpunkte zur Kritik gewisser Bestimmungen der 5. IV-Revision, Anhang zur Kurzstudie «Wirksamkeit und Wirkung ausgewählter Massnahmen im Rahmen der fünften IV-Revision», Jusletter vom 24. Oktober 2005.
- INCLUSION HANDICAP, Schattenbericht. Bericht der Zivilgesellschaft anlässlich des ersten Staatenberichtsverfahrens vor dem UN-Ausschuss für die Rechte von Menschen mit Behinderung, <https://www.inclusion-handicap.ch/admin/data/files/asset/file_de/424/dok_schattenbericht_unobrk_inclusion_handicap_barrierefrei.pdf?lm=1528210534>, besucht am 30.04.2021, Bern 2017.
- JENAK ANDREAS, Arbeit gegen Mehraufwandentschädigung. Die Arbeitsgelegenheiten des § 16d S. 2 SGB II, Diss. Jena, Hamburg 2009.
- JOSEPH SARAH, UN Covenants and Labour Rights, in: Fenwick Colin/Novitz Tonia (Hrsg.), Human Rights at Work, Perspectives on Law and Regulation, Oxford/Portland 2010, S. 331–358.
- KÄLIN WALTER ET AL., Mögliche Konsequenzen einer Ratifizierung der UN-Konvention über die Rechte von Menschen mit Behinderungen durch die Schweiz, Gutachten zuhanden des Generalsekretariats GS-EDI/Eidgenössisches Büro für die Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen EBGB, online <https://www.edi.admin.ch/dam/edi/de/dokumente/gutachten_zur_uno-behindertenkonvention.pdf.download.pdf/gutachten_zur_uno-behindertenkonvention.pdf>, besucht am 30.04.2021, Bern 2011.
- KÄLIN WALTER/KÜNZLI JÖRG, Universeller Menschenrechtsschutz, 4. Aufl., Basel 2019.
- KIENER REGINA/KÄLIN WALTER/WYTTEBACH JUDITH, Grundrechte, 3. Aufl., Bern 2018.
- KIENER REGINA/VON BÜREN LUCIE, Strafbarkeit durch medizinische Betreuung von Sans-Papiers?, Asyl 4/2007, S. 11–16.

- KIESER UELI, IV-Rente und *Wiedereingliederung* – ein Blick auf das bundesgerichtliche Grundsatzurteil BGE 145 V 2, HAVE 2019, S. 142–147.
Schweizerisches *Sozialversicherungsrecht*, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2017.
D. Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG), in: Meyer Ulrich (Hrsg.), *Soziale Sicherheit – Sécurité sociale*, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht (SBVR), Band XIV, 3. Aufl., Basel 2016, S. 245–283.
ATSG-Kommentar, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2015 (zit. N ... zu Art. ... ATSG).
- KLEY ANDREAS, Drittwirkung der Grundrechte im Arbeitsverhältnis, in: Geiser Thomas/Schmid Hans/Walter-Busch Emil (Hrsg.), *Arbeit in der Schweiz des 20. Jahrhunderts*, Bern/Stuttgart/Wien 1998, S. 433–454.
- KOCH IDA ELISABETH, *Human Rights as Indivisible Rights. The Protection of Socio-Economic Demands under the European Convention on Human Rights*, Leiden/Boston 2009.
- KOCH MARKUS, *Eigenverantwortung als staatsrechtliches Problem. Der Ruf nach mehr Eigenverantwortung und seine Bedeutung für die Zukunft des entfalteten Sozialstaates*, Diss. Luzern, Luzern 2006.
- KRADOLFER MATTHIAS, *Justiziabilität sozialer Menschenrechte*, SZS 6/2013, S. 521–550.
Verpflichtungsgrad sozialer Menschenrechte: Handlungsspielräume der nationalen Sozialpolitik vor dem Hintergrund von Art. 9 UNO-Pakt I, *Archiv des Völkerrechts*, Bd. 50/3 (2012), S. 255–284.
- KÜNZLI JÖRG, *Zwischen Rigidität und Flexibilität: Der Verpflichtungsgrad internationaler Menschenrechte*, Berlin 2001.
- KURT STEFANIE TAMARA, *Die rechtliche Situation von religiösen Minderheiten im Kontext des schweizerischen Föderalismus: die Religionsfreiheit und das Verbot der religiösen Diskriminierung*, Diss. Neuenburg, Basel 2018.
- KUTZNER STEFAN, *Die Hilfe der Sozialhilfe: integrierend oder exkludierend? Menschenwürde und Autonomie im Schweizer Sozialhilfewesen*, in: Kutzner Stefan et al. (Hrsg.), *Sozialhilfe in der Schweiz. Klassifikation, Integration und Ausschluss von Klienten*, Zürich/Chur 2009, S. 25–61.
- LACHWITZ KLAUS, Kommentierung Präambel, Art. 5, Art. 26, in: Kreutz Marcus/Lachwitz Klaus/Trenk-Hinterberger Peter (Hrsg.), *Die UN-Behindertenrechtskonvention in der Praxis. Erläuterungen der Regelung und Anwendungsgebiete*, Köln 2013 (zit. LACHWITZ, N ... zu Art. ... BRK).
- LAMARCHE LUCIE, *The Right to Social Security in the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, in: Chapman Audrey R./Sage Russel (Hrsg.), *Core obligations: building a framework for economic, social and cultural rights*, Antwerpen/Oxford/New York 2002, S. 87–114.
- LANDOLT HARDY, *Das Zumutbarkeitsprinzip im schweizerischen Sozialversicherungsrecht. Unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts*, Diss. Zürich, Zürich 1995.
- LATERNSEER PHILIP, *Der Gehalt von Art. 7 BV: zur Begründung der bundesgerichtlichen Menschenwürdekonkretisierung*, Diss. Zürich, Zürich 2016.

- LAVRYSEN LAURENS, *Human Rights in a Positive State, Rethinking the Relationship between Positive and Negative Obligations under the European Convention on Human Rights*, Cambridge 2016.
- LEIJTEN INGRID, *Core Socio-Economic Rights and the European Court of Human Rights*, Cambridge 2018.
- LEISNER WALTER GEORG, *Existenzsicherung im Öffentlichen Recht*, Tübingen 2007.
- LEU AGNES, *Die Zumutbarkeit in der Rechtsprechung des Bundesgerichts mit Blick auf die Arbeitslosenversicherung*, in: Murer Erwin (Hrsg.), *Was darf dem erkrankten oder verunfallten Menschen zugemutet werden? Die Zumutbarkeit als Schlüsselbegriff des Versicherungs- und des Haftpflichtrechts sowie der Versicherungsmedizin*, Bern 2008, S. 299–321.
- Die Arbeitsmarktlichen Massnahmen im Rahmen der Arbeitslosenversicherung in der Schweiz, Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2006.
- LOCHER THOMAS, *Die Schadenminderungspflicht im Bundesgesetz vom 19. Juni 1959 über die Invalidenversicherung*, in: Eidgenössisches Versicherungsgericht (Hrsg.), *Sozialversicherungsrecht im Wandel, FS 75 Jahre Eidgenössisches Versicherungsgericht*, Bern 1992, S. 407–430.
- LOCHER THOMAS/GÄCHTER THOMAS, *Grundriss des Sozialversicherungsrechts*, 4. Aufl., Bern 2014.
- LÖRCHER KLAUS, Article 2, *The Right to Just Conditions of Work*, in: Bruun Niklas/Lörcher Klaus/Schömann Isabelle/Clauwaert Stefan (Hrsg.), *The European Social Charter and the Employment Relation*, Oxford/Portland 2017, S. 166–180.
- Article 3, *The Right to Safe and Healthy Working Conditions*, in: Bruun Niklas/Lörcher Klaus/Schömann Isabelle/Clauwaert Stefan (Hrsg.), *The European Social Charter and the Employment Relation*, Oxford/Portland 2017, S. 181–197.
- Anmerkungen zum EGMR, Arbeitsschutz durch Information*, Urteil vom 5. Dezember 2013, Nrn. 52806/09 und 22703/10 – *Vilnes u.a./Norwegen*, Newsletter 01/2014 zum Europäischen Arbeitsrecht, Hugo Sinzheimer Institut.
- MACNAUGHTON GILLIAN/FREY DIANE F., *Decent Work for All: A Holistic Human Rights Approach*, *American University International Law Review*, Vol. 26, Issue 2, 2011, S. 441–483.
- MÄDER UELI, *Wider den sozialen Rückzug – Anmerkungen zur Einführung von Segmentierungsverfahren in der Sozialhilfe*, in: Conrad Christoph/von Mandach Laura (Hrsg.), *Auf der Kippe: Integration und Ausschluss in Sozialhilfe und Sozialpolitik*, Zürich 2008, S. 110–117.
- MAHLMANN MATTHIAS, *Die Garantie der Menschenwürde in der Schweizerischen Bundesverfassung*, *AJP* 2013, S. 1307–1320.
- MANTOUVALOU VIRGINIA, *The Prohibition of Slavery, Servitude and Forced and Compulsory Labour under Article 4 ECHR*, in: Dorsemont Filip/Lörcher Klaus/Schömann Isabelle (Hrsg.), *The European Convention on Human Rights and the Employment Relation*, Oxford/Portland 2013, S. 143–157.

- Labour Rights* in the European Convention on Human Rights: An Intellectual Justification for an Integrated Approach to Interpretation, *Human Rights Law Review* 13:3 (2013), S. 529–555.
- Work and private life: Sidabras and Dziautas v Lithuania, *European Law Review* 30/2005, S. 573–585.
- MARLÉTAZ RAPHAËL, L'harmonisation des lois cantonales d'aide sociale. Une analyse des obligations internationales des droits humains, Diss. Lausanne, im Erscheinen.
- MAURER ALFRED, Begriff und Grundsatz der Zumutbarkeit im Sozialversicherungsrecht, in: Eidgenössisches Versicherungsgericht (Hrsg.), *Sozialversicherungsrecht im Wandel, FS 75 Jahre Eidgenössisches Versicherungsgericht*, Bern 1992, S. 221–243.
- MCCRUDDEN CHRISTOPHER, Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights, *EJIL* (2008) Vol. 19, No. 4, S. 655–724.
- MECHLEM KERSTIN, Treaty Bodies and the Interpretation of Human Rights, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 42 (2009), S. 905–948.
- MEDICI GABRIELA NAEMI, Migrantinnen als Pflegehilfen in Schweizer Privathaushalten, Diss. Zürich, Zürich 2015.
- MEIER ANNE/PÄRLI KURT, Intégration par le travail dans l'aide sociale, Incertitudes sur la qualification des rapports juridiques et risques pour les bénéficiaires «actifs», *Jusletter* vom 3. Juni 2019.
- Sozialversicherungsrechtliche *Fragen* bei Beschäftigungsverhältnissen unter sozialhilferechtlichen Bedingungen, *SZS* 1/2018, S. 4–39.
- MEIER ANNE/STUDER MELANIE, Commentaire de l'ATF 142 I 1, Réflexions sur la restriction du droit à l'aide sociale et du droit à l'aide d'urgence en cas de refus de prendre part à des programmes d'occupation, *Jusletter* vom 14. November 2016.
- MEIER MICHAEL E., Eingliederung aus Rente nach Art. 8a IVG – wann ist ein Revisionsgrund nach Art. 17 ATSG gegeben?, *SZS* 3/2019, S. 125–131.
- MENSCHING CHRISTIAN, Kommentar zu Art. 10 EMRK, in: Karpenstein Ulrich/Mayer Franz (Hrsg.), *EMRK Kommentar*, 2. Aufl., München 2015.
- MEYER ULRICH/REICHMUTH MARCO, Bundesgesetz über die Invalidenversicherung (IVG), in: Stauffer Hans-Ulrich/Cardinaux Blaise (Hrsg.), *Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht*, 3. Aufl., Zürich 2014.
- MEYER-BLASER ULRICH, *Einwirkungen* der neuen Bundesverfassung auf das schweizerische Sozialrecht, in: Gächter Thomas (Hrsg.), *Ulrich Meyer – Ausgewählte Schriften*, Zürich 2013, S. 93–113.
- Zum Verhältnismässigkeitsgrundsatz im staatlichen Leistungsrecht (am Beispiel der beruflichen Eingliederungsmassnahmen der IV), Diss. Bern, Bern 1985.
- MEYER-BLASER ULRICH/GÄCHTER THOMAS, § 34 Der Sozialstaatsgedanke, in: Thürer Daniel/Aubert Jean-François/Müller Jörg Paul (Hrsg.), *Verfassungsrecht der Schweiz. Droit constitutionnel suisse*, Zürich 2001, S. 549–563.

- MEYER-LADEWIG JENS/HUBER BERTOLD, Kommentar zu Art. 4 EMRK, in: Meyer-Ladewig Jens/Nettesheim Martin/von Raumer Stefan (Hrsg.), EMRK, Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar, 4. Aufl., Baden-Baden 2017.
- MEYER-LADEWIG JENS/NETTESHEIM MARTIN, Kommentar zu Art. 8 EMRK, in: Meyer-Ladewig Jens/Nettesheim Martin/von Raumer Stefan (Hrsg.), EMRK, Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar, 4. Aufl., Baden-Baden 2017.
- MOECKLI DANIEL, Interpretation of the ICESCR. Between Morality and State Consent, in: Moeckli Daniel/Keller Helen/Heri Corina (Hrsg.), The Human Rights Covenants at 50, Oxford 2018, S. 48–74.
- Bettelverbote*: Einige rechtsvergleichende Überlegungen zur Grundrechtskonformität, ZBl 111/2010, S. 537–574.
- MOLINARI EVA MARIA, Die Menschenwürde in der schweizerischen Bundesverfassung, Diss. Freiburg i.Ue., Zürich/Basel/Genf 2018.
- MOORPIERRE/FLÜCKIGERALEXANDRE/MARTENET VINCENT, Droit administratif, Volume I, Les fondements, 3. Aufl., Bern 2012.
- MÖSCH PAYOT PETER, § 39 Sozialhilferecht, in: Steiger-Sackmann Sabine/Mosimann Hans-Jakob (Hrsg.), Recht der sozialen Sicherheit, Handbücher für die Anwaltspraxis, Band XI, Basel 2014, S. 1412–1454.
- «Sozialhilfemissbrauch?!», in: Häfeli Christoph (Hrsg.), Das schweizerische Sozialhilferecht, Luzern 2008, S. 279–321.
- MOSIMANN HANS-JAKOB, Schadenminderungs- und Mitwirkungspflichten nach der 5. IV-Revision, SZS S1/2018, S. 723–742.
- MÜLLER AMREI, *Remarks on the Venice Statement on the Right to Enjoy the Benefits of Scientific Progress and its Applications* (Article 15(1)(b) ICESCR), Human Rights Law Review 10:4 (2010), S. 765–784.
- Limitations to and Derogations from Economic, Social and Cultural Rights, Human Rights Law Review 9:4 (2009), S. 557–601.
- MÜLLER JÖRG PAUL, Verwirklichung der Grundrechte nach Art. 35 BV, Bern 2018.
- Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie*, Bern 1982.
- Soziale Grundrechte in der Verfassung?*, 2. Aufl., Basel/Frankfurt a.M. 1981.
- MÜLLER JÖRG PAUL/SCHEFER MARKUS, Grundrechte in der Schweiz. Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. Aufl., Bern 2008.
- MÜLLER LUCIEN, «Eigenverantwortung» am Beispiel der privaten Internetnutzung, in: Gschwend Lukas/Hettich Peter/Müller-Chen Markus/Schindler Benjamin/Wildhaber Isabelle (Hrsg.), Recht im digitalen Zeitalter. Festgabe Schweizerischer Juristentag 2015 in St. Gallen, Zürich/St. Gallen 2015, S. 541–570.
- MUNDLAK GUY, The Right to Work – The Value of Work, in: Barak-Erez Daphne/Gross Aeyal M. (Hrsg.), Exploring Social Rights. Between Theory and Practice, Portland 2007, S. 341–366.
- The right to work: Linking human rights and *employment policy*, International Labour Review, Vol. 146 (2007), No. 3–4, S. 189–215.

- MURER ERWIN, Invalidenversicherungsgesetz (Art. 1–27^{bis} IVG), Stämpfli Handkommentar, Bern 2014 (zit. N ... zu Art. ... IVG).
- Die *Zumutbarkeit* als Schlüsselbegriff des Entschädigungsrechts, in: Murer Erwin (Hrsg.), Was darf dem erkrankten oder verunfallten Menschen zugemutet werden? Die Zumutbarkeit als Schlüsselbegriff des Versicherungs- und des Haftpflichtrechts sowie der Versicherungsmedizin, Bern 2008, S. 1–39.
- NADAI EVA, *Sozialinvestition* als Frauenförderung?, CHSS Soziale Sicherheit 4/2014, S. 231–233.
- Das Problem der Bodensatzrosinen, Sozialer Sinn 1/2009, Jg. 10, S. 55–71.
- NADAI EVA/HAUSS GISELA/CANONICA ALAN, Lohnende Investitionen? Zum Gleichstellungspotenzial von Sozialinvestitionen und Aktivierung. Schlussbericht zum Projekt 4060-129208, gefördert vom Schweizerischen Nationalfonds im Rahmen des NFP60 «Gleichstellung der Geschlechter», online <http://www.nfp60.ch/SiteCollectionDocuments/nfp60_nadai_schlussbericht.pdf>, besucht am 30.04.2021, Olten 2013.
- NAGUIB TAREK, Bedeutung des BGE 137 I 305 für den institutionellen Diskriminierungsschutz auf kantonaler Ebene, AJP 2012, S. 915–933.
- NOWAK MANFRED, U.N. Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary, 2. Aufl., Kehl/Strassburg/Arlington 2005.
- NUSSBAUMER THOMAS, Arbeitslosenversicherung, in: Meyer Ulrich (Hrsg.), Soziale Sicherheit – Sécurité sociale, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht (SBVR), Band XIV, 3. Aufl., Basel 2016, S. 2227–2588.
- NUSSBERGER ANGELIKA, Sozialstandards im Völkerrecht: eine Studie zu Entwicklung und Bedeutung der Normsetzung der Vereinten Nationen, der Internationalen Arbeitsorganisation und des Europarats zu Fragen des Sozialschutzes, Berlin 2005.
- OCHS MARTIN, Indikatoren und Benchmarks in UN-Menschenrechtsverfahren – eine rechtliche Analyse, Stuttgart 2011.
- O’CINNEIDE COLM, The Right to Work in International Human Rights Law, in: Mantouvalou Virginia (Hrsg.), The Right to Work, Legal and Philosophical Perspectives, Oxford/Portland 2015, S. 99–122.
- O’CONNELL RORY, The Right to Work in the European Convention on Human Rights, European Human Right Law Review 2/2012, S. 176–190.
- OETTE LUTZ, Austerity and the Limits of Policy-Induced Suffering: What Role for the Prohibition of Torture and Other Ill-Treatment?, Human Rights Law Review 15/2015, S. 669–694.
- PÄRLI KURT, *Religion* im privaten Arbeitsverhältnis, in: Stöckli Andreas/Kühler Anne/Hafner Felix (Hrsg.), Recht, Religion und Arbeitswelt, Zürich/Basel/Genf 2020, S. 75–109.
- Die EGMR-Rechtsprechung zum Schutz der Privatsphäre und vor *Überwachung* am Arbeitsplatz, EuZA 2/2020, S. 224–235.
- Kündigungsschutz* – ein Menschenrecht?, AJP 12/2018, S. 1533–1542.
- Gibt es ein *Recht auf Arbeit*?, BJM 3/2017, S. 117–139.

Einwirkungen des EU- und des internationalen Arbeitsrechts auf das schweizerische Arbeitsrecht, in: Pärli Kurt et al. (Hrsg.), *Arbeitsrecht im internationalen Kontext. Völkerrechtliche und europarechtliche Einflüsse auf das schweizerische Arbeitsrecht*, Zürich/St. Gallen 2017, S. 431–478.

Die unterschätzte Bedeutung der *EMRK* und der Rechtsprechung des EGMR für das Arbeitsrecht, *AJP* 12/2015, S. 1671–1701.

Schutz der *Privatsphäre* am Arbeitsplatz in digitalen Zeiten – eine menschenrechtliche Herausforderung, *EuZA* 1/2015, S. 48–64.

Aktivierung von gesundheitlich beeinträchtigten Arbeitnehmenden – Auswirkungen auf Soziale Rechte, in: Estermann Josef (Hrsg.), *Der Kampf ums Recht*, Wien/Beckenried 2012, S. 293–311.

Grundrechtliche Schranken der Pflicht zur Selbsteingliederung in der Invalidenversicherung, *HAVE* 3/2009, S. 260–272.

Vertragsfreiheit, Gleichbehandlung und Diskriminierung im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis. Völker- und verfassungsrechtlicher Rahmen und Bedeutung des Europäischen Gemeinschaftsrechts, Bern 2009.

IIZ: Illusionäre *Wirkungen* – Gefahren einer fürsorglichen Belagerung, in: Gächter Thomas (Hrsg.), *Rechtsfragen zur Interinstitutionellen Zusammenarbeit (IIZ)*, Bern 2007, S. 19–30.

Die *Auswirkungen* des Grundrechts auf neuere Sozialhilfemodelle, in: Tschudi Carlo (Hrsg.), *Das Grundrecht auf Hilfe in Notlagen. Menschenwürdige Überlebenshilfe oder Ruhekränchen für Arbeitsscheue?*, Bern 2005, S. 95–115.

Wirksamkeit und Wirkung ausgewählter Massnahmen im Rahmen der fünften IV-Revision, Jusletter vom 24. Oktober 2005.

Verfassungsrechtliche *Aspekte* neuer Modelle in der Sozialhilfe, *AJP* 1/2004, S. 45–54.

PÄRLI KURT/HUG JULIA/PETRIK ANDREAS, *Arbeit, Krankheit, Invalidität. Arbeits- und sozialversicherungsrechtliche Aspekte*, Bern 2015.

PÄRLI KURT/IMHOF EDGAR, *Die Vereinbarkeit der schweizerischen Rechtsordnung mit der (revidierten) Europäischen Sozialcharta*, Jusletter vom 6. Juli 2009.

PÄRLI KURT/STUDER MELANIE, *Arbeit und Existenzsicherung*, in: Naguib Tarek et al. (Hrsg.), *Diskriminierungsrecht, Handbuch für Jurist_innen, Berater_innen und Diversity-Expert_innen*, Bern 2014, S. 121–159.

PAVONE ILJA RICHARD, *Kommentar zu Artikel 26 und Artikel 27*, in: Della Fina Valentina/Cera Rachele/Palmisano Giuseppe (Hrsg.), *The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities – A Commentary*, Cham 2017.

PAZ-FUCHS AMIR, *Workfare's persistent philosophical and legal issues: forced labour, reciprocity and a basic income guarantee*, in: Eleveld Anja/Kampen Thomas/Arts Josien (Hrsg.), *Welfare to Work in Contemporary European Welfare States. Legal, Sociological and Philosophical Perspectives on Justice and Domination*, Bristol 2020, S. 27–48.

The Right to Work and the Duty to Work, in: Mantouvalou Virginia (Hrsg.), *The Right to Work, Legal and Philosophical Perspectives*, Oxford/Portland 2015, S. 177–194.

Welfare to Work, Oxford 2008.

- PAZ-FUCHS AMIR/ELEVELD ANJA, Workfare revisited, *Industrial Law Journal*, Vol. 45, No. 1, 2016, S. 29–59.
- PREVITALI ADRIANO, Aperçu de la jurisprudence récente du Tribunal fédéral en matière d'intégration et de réadaptation professionnelle, SZS S0/2016, S. 651–670.
- RAFFAS TANIA, Demanding Activation, *Journal of Social Policy* 46/2 (2017), S. 349–365.
- RECHER ALECS, Sexuelle und reproduktive Gesundheit und diesbezügliche Rechte. Eine Bestandsaufnahme zum Recht der UNO, des Europarates und der Schweiz, online <https://shop.sexuelle-gesundheit.ch/img/A~1698~1/10/1698-01_sexuelle-rec.pdf?xet=1616158929563>, besucht am 30.04.2021, Bern 2017.
- REHBINDER MANFRED/STÖCKLI JEAN-FRITZ, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Band VI, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 2. Abteilung, Der Arbeitsvertrag, Art. 319–362 OR, 2. Teilband, Einleitung und Kommentar zu den Art. 319–330b OR, 1. Abschnitt, 3. Aufl., Bern 2010.
- RHINOW RENÉ/SCHEFER MARKUS/UEBERSAX PETER, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. Aufl., Basel 2016.
- RIEMER-KAFKA GABRIELA, Die *Zumutbarkeit* in der Rechtsprechung des Bundesgerichts. Invaliden-, Unfall- und Militärversicherung, in: Murer Erwin (Hrsg.), Was kann erkrankten und verunfallten Menschen zugemutet werden?, Bern 2008, S. 267–298.
- Das Verhältnis zwischen Grundrecht auf *Hilfe in Notlagen* und Eigenverantwortung, in: Tschudi Carlo (Hrsg.), Das Grundrecht auf Hilfe in Notlagen, Bern 2005, S. 139–158.
- Die Pflicht zur Selbstverantwortung, Freiburg i.Ue. 1999.
- RIEMER-KAFKA GABRIELA/LISCHER BARBARA, Religion und Sozialversicherung, SZS 6/2016, S. 533–581.
- RIEMER-KAFKA GABRIELA/SHERIFOSKA RAIMA, Religion am Arbeitsplatz, ARV 4/2012, S. 303–322.
- ROTHFRITZ LAURI PHILIPP, Die Konvention der Vereinten Nationen zum Schutz der Rechte von Menschen mit Behinderungen. Eine Analyse unter Bezugnahme auf die deutsche und europäische Rechtsebene, Diss. Hamburg, Frankfurt a.M. 2010.
- RUBIN BORIS, La *suspension* du droit à l'indemnité de chômage, ARV 1/2017, S. 1–15.
- Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, Zürich 2014 (zit. N ... zu Art. ... AVIG).
- RÜEDI RUDOLF, Im Spannungsfeld zwischen Schadenminderungspflicht und Zumutbarkeitsgrundsatz bei der Invaliditätsbemessung nach einem ausgeglichenen Arbeitsmarkt, in: Schaffhauser René/Schlauri Franz (Hrsg.), Rechtsfragen der Invalidität in der Sozialversicherung, St. Gallen 1999, S. 29–48.
- RÜEGG CHRISTOPH, Das Recht auf Hilfe in Notlagen, in: Häfeli Christoph (Hrsg.), Das schweizerische Sozialhilferecht. Rechtsgrundlagen und Rechtsprechung, Luzern 2008, S. 23–63.
- SAUL BEN/KINLEY DAVID/MOWBRAY JACQUELINE, The international Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. Commentary, Cases and Materials, Oxford 2014.

- SCARTAZZINI GUSTAVO/HÜRZELER MARC, Bundessozialversicherungsrecht, 4. Aufl., Basel 2012.
- SCHABAS WILLIAM, The European Convention on Human Rights. A commentary, Oxford 2015.
- SCHALLER SCHENK IRIS, Das Individualisierungsprinzip, Bedeutung in der Sozialhilfe aus verfassungs- und verwaltungsrechtlicher Perspektive, Diss. Bern, Zürich/St. Gallen 2016.
- SCHEFER MARKUS, Die *Beeinträchtigung* von Grundrechten. Zur Dogmatik von Art. 36 BV, Bern 2006.
- Gefährdung* von Grundrechten. Eine grundrechtsdogmatische Skizze, in: Sutter-Somm Thomas et al. (Hrsg.), Risiko und Recht. Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2004, Basel 2004, S. 441–480.
- Die Kerngehalte von Grundrechten. Geltung, Dogmatik, inhaltliche Ausgestaltung, Bern 2001.
- SCHEFER MARKUS/HESS-KLEIN CAROLINE, Behindertengleichstellungsrecht, Bern 2014.
- SCHLEICHER JOHANNES, Sozialhilferecht, in: Mösch Payot Peter/Schleicher Johannes/Schwander Marianne (Hrsg.), Recht für die Soziale Arbeit, 4. Aufl., Bern 2016, S. 263–290.
- SCHMID EVELYNE, Völkerrechtliche Gesetzgebungsaufträge in den Kantonen, ZSR 135 (2016), S. 3–25.
- SCHMIDLIN SABINA ET AL., Reduktion der Abhängigkeit von Jugendlichen und jungen Erwachsenen von der Sozialhilfe, in: Bundesamt für Sozialversicherungen (Hrsg.), Beiträge zur sozialen Sicherheit, Forschungsbericht 7/18, Bern 2018.
- SCHUBERT CLAUDIA, Kommentar zu Art. 2 und 4 EMRK, in: Franzen Martin/Gallner Inken/Oetker Hartmut (Hrsg.), Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 2. Aufl., München 2018.
- SCHÜRER CHRISTIAN, Grundrechtsbeschränkungen durch Nichtgewähren von Sozialversicherungsleistungen, AJP 1/1997, S. 3–10.
- SCHUWEY CLAUDIA/KNÖPFEL CARLO, Neues Handbuch Armut in der Schweiz, Luzern 2014.
- SCHWEIZERISCHE KONFERENZ FÜR SOZIALHILFE, *Monitoring* Sozialhilfe 2018, www.skos.ch (SKOS-Richtlinien / Monitoring Sozialhilfe 2018), besucht am 30.04.2021.
- «*Arbeit dank Bildung*», Weiterbildungsoffensive für Bezügerinnen und Bezüger von Sozialhilfe, Bern 2018, online <https://skos.ch/fileadmin/user_upload/skos_main/public/pdf/medien/medienkonferenzen/2018_medienkonferenz/2018_Arbeit_dank_Bildung.pdf>, besucht am 07.07.2020.
- SCOTT CRAIG, Interdependence and Permeability of Human Rights Norms: Towards a Partial Fusion of the International Covenants on Human Rights, Osgoode Hall Law Journal, Vol. 27, No. 3 (Fall 1989), S. 769–878.
- SECO, AVIG-Praxis zur Arbeitslosenentschädigung (ALE), Arbeitsmarkt und Arbeitslosenversicherung (TC), Bern 2020, online <<https://www.arbeit.swiss/secoalv/en/home/service/publikationen/kreisschreiben---avig-praxis.html>>, besucht am 07.07.2020 (zit. AVIG-Praxis, ALE).

- AVIG-Praxis zu den Arbeitsmarktlichen Massnahmen (AMM), Bern 2020, online <<https://www.arbeit.swiss/secoalv/en/home/service/publikationen/kreisschreiben---avig-praxis.html>>, besucht am 07.07.2020 (zit. AVIG-Praxis, AMM).
- SEPÚLVEDA MAGDALENA, The rights-based approach to social protection in Latin America. From rhetoric to practice, ECLAC Social Policy Series No. 189.
- SIKI EVA, Invalidität und Sozialversicherung. Gedanken aus staats-, sozialversicherungs- und schadensrechtlicher Sicht, Diss. Zürich, Zürich 2012.
- SIMPSON MARK, Designed to reduce people ... to complete destitution: human dignity in the active welfare state, *European Human Rights Law Review* 1/2015, S. 66–77.
- SSENYONJO MANISULI, *Economic, Social and Cultural Rights in International Law*, 2. Aufl., Oxford/Portland 2016.
- STREIFF ULLIN/VON KAENEL ADRIAN/RUDOLPH ROGER, *Arbeitsvertrag*, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Aufl., Zürich 2012.
- STROHMEIER RAHEL/KNÖPFEL CARLO, Was heisst soziale Integration? Öffentliche Sozialhilfe zwischen Anspruch und Realität, Luzern 2005.
- STUDER MELANIE, Recht auf Hilfe in Notlagen und Geisteshaltung. Zum Nichteintreten auf Gesuch um Nothilfe gem. Art. 12 BV, SZS 6/2019, S. 340–344.
- STUDER MELANIE/FUCHS GESINE/MEIER ANNE/PÄRLI KURT, *Arbeiten unter sozialhilferechtlichen Bedingungen*, Schlussbericht, Basel 2020.
- STUDER MELANIE/PÄRLI KURT, The *Duty to Work* as Precondition for Human Dignity, in: Eleveld Anja/Kampen Thomas/Josien Arts (Hrsg.), *Welfare to Work in Contemporary European Welfare States. Legal, Sociological and Philosophical Perspectives on Justice and Domination*, Bristol 2020, S. 89–111.
- Entscheidbesprechung BGE 142 I 1, Sozialhilferechtliche Beschäftigungsprogramme zwischen Existenzsicherung, Subsidiarität, Zumutbarkeit und Sanktion, AJP 10/2016, S. 1385–1394.
- STUTZ HEID/STETTTLER PETER/DUBACH PHILIPPE/GERFIN MICHAEL, Berechnung und Beurteilung des Grundbedarfs in den SKOS-Richtlinien, Büro BASS im Auftrag der SKOS, online <https://skos.ch/fileadmin/user_upload/skos_main/public/Publikationen/Studien/2019_Schlussbericht-Grundbedarf.pdf>, besucht am 16.06.2020, Bern 2018.
- SUTER ALEXANDER, Armut und Diskriminierung. Eine Untersuchung zum Diskriminierungsschutz für bedürftige Menschen in der Schweiz, Diss. Basel, Zürich/St. Gallen 2015.
- SWIATKOWSKI ANDRZEJ M., *Charter of Social Rights of the Council of Europe*, Alphen aan den Rijn 2007.
- TECKLENBURG UELI, *Integrationsmassnahmen: Zwang oder Anreiz?*, in: Tschudi Carlo (Hrsg.), *Das Grundrecht auf Hilfe in Notlagen. Menschenwürdige Überlebenshilfe oder Ruhekissen für Arbeitsscheue?*, Bern 2005, S. 89–94.
- Leistungs- und Gegenleistungsmodelle auf kantonaler Ebene, in: Caritas Schweiz (Hrsg.), *Sozialalmanach 1999, Existenzsicherung in der Schweiz*, Luzern 1999, S. 131–143.

- TOBIN JOHN, Seeking to persuade: A Constructive Approach to Human Rights Treaty Interpretation, *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 23 (2010), S. 1–50.
- TRENK-HINTERBERGER PETER, Kommentar zu Art. 27, in: Kreutz Marcus/Lachwitz Klaus/Trenk-Hinterberger Peter (Hrsg.), *Die UN-Behindertenrechtskonvention in der Praxis. Erläuterungen der Regelung und Anwendungsgebiete*, Köln 2013 (zit. N ... zu Art. ... BRK).
- TSCHUDI CARLO, Die Auswirkungen des Grundrechts auf Hilfe in Notlagen auf sozialhilferechtliche Sanktionen, in: Tschudi Carlo (Hrsg.), *Das Grundrecht auf Hilfe in Notlagen. Menschenwürdige Überlebenshilfe oder Ruhekissen für Arbeitsscheue?*, Bern 2005, S. 117–135.
- TSCHUDI HANS PETER, Die Sozialziele der neuen Bundesverfassung, SZS 5/1999, S. 364–375.
Die gemeinsame *Wohlfahrt* (BV Art. 2), in: Sozialstaat, Arbeits- und Sozialversicherungsrecht. Schriften aus den Jahren 1983–1995, Zürich 1996, S. 9–26.
Geschichte des schweizerischen Arbeitsrechts, Basel 1987.
- TSCHUDI HANS PETER/GEISER THOMAS/WYLER RÉMY, Einleitung, in: Geiser Thomas/von Kaelnel Adrian/Wyler Rémy (Hrsg.), *Stämpfli Handkommentar Arbeitsgesetz*, Bern 2005.
- UEBERSAX PETER, Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Recht auf Hilfe in Notlagen im Überblick, in: Tschudi Carlo (Hrsg.), *Das Grundrecht auf Hilfe in Notlagen, Menschenwürdige Überlebenshilfe oder Ruhekissen für Arbeitsscheue?*, Bern 2005, S. 33–58.
- URSPRUNG RUDOLF/REIDI HUNDOLD DOROTHEA, Verfahrensgrundsätze und Grundrechtsbeschränkungen in der Sozialhilfe, ZBl 116/2015, S. 403–424.
- VALLENDER KLAUS A./HETTICH PETER/LEHNE JENS, *Wirtschaftsfreiheit und begrenzte Staatsverantwortung*, 4. Aufl., Bern 2006.
- VALTERIO MICHEL, *Droit de l'assurance-vieillesse et survivants (AVS) et de l'assurance-invalidité (AI)*, Genf/Zürich/Basel 2011.
Commentaire: *Loi fédérale sur l'assurance-invalidité (LAI)*, Genf/Zürich/Basel 2018 (zit. N ... zu Art. ... IVG).
- VANDENHOLE WOUTER, Human Rights in a Globalising Economy. Is the Right to Social Protection Qualified by a Duty to Work?, in: Parmentier Stephan/Werdmölder Hans/Merrigan Michael (Hrsg.), *Between Rights and Responsibilities. A Fundamental Debate*, Cambridge 2016, S. 85–112.
- VAN PARIJS PHILIPPE, Why Surfer's Should be Fed: The Liberal Case for an Unconditional Basic Income, *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 20, No. 2 (1991), S. 101–131.
- VENTURA MORGANE, Les droits sociaux en Suisse – les «générations» en (r)évolution?, *Jusletter* vom 25. November 2019.
- VOGEL URS, Rechtsbeziehungen – Rechte und Pflichten der unterstützten Person und Organe der Sozialhilfe, in: Häfeli Christoph (Hrsg.), *Das schweizerische Sozialhilferecht. Rechtsgrundlagen und Rechtsprechung*, Luzern 2008, S. 158–198.
- VONK GIJSBERT, Repressive Welfare States: The Spiral of Obligations and Sanctions in Social Security, *European Journal of Social Security*, Vol. 16, No. 3 (2014), S. 188–203.

- WALDMANN BERNHARD, Das Recht auf Nothilfe zwischen Solidarität und Eigenverantwortung, ZBl 107/2005, S. 341–368.
- WALDMANN BERNHARD/BELSER EVA-MARIA/EPINEY ASTRID (Hrsg.), Basler Kommentar. Bundesverfassung, Basel 2015 (zit. AUTOR_IN, BSK-BV, N ... zu Art. ... BV).
- WALDRON JEREMY, Liberal Rights: Two sides of the coin, in: Liberal Rights, Collected Papers, 1981–1991, Cambridge 1993, S. 1–34.
- WATTS BETH/FITZPATRICK SUSAN, Welfare Conditionality, New York 2018.
- WEHRLI MONIKA, Selbsteingliederung durch medizinische Behandlungen in der Invalidenversicherung: Zumutbarkeit – Leistungskürzung – Grundrechte, Diss. Zürich, Zürich 2015.
- WELTI FELIX, Das gleiche Recht von Menschen mit Behinderungen auf Arbeit nach Art. 27 UN-Behindertenrechtskonvention, in: Misselhorn Catrin/Behrendt Hauke (Hrsg.), Arbeit, Gerechtigkeit und Inklusion, Stuttgart 2017, S. 146–165.
- WIDMER LÜCHINGER CORINNE/OSER DAVID (Hrsg.), Basler Kommentar. Obligationenrecht I. Art. 1–529 OR, 7. Aufl., Basel 2020 (zit. AUTOR_IN, BSK-OR, N ... zu Art. ... OR).
- WILDHABER ISABELLE/HÄNSENBERGER SILVIO, Kündigung wegen Nutzung von Social Media, in: Gschwend Lukas et al. (Hrsg.), Recht im digitalen Zeitalter. Festgabe Schweizerischer Juristentag 2015 in St. Gallen, Zürich/St. Gallen 2015, S. 399–430.
- WIZENT GUIDO, *Sozialhilferecht*, Zürich/St. Gallen 2020.
- Die sozialhilferechtliche Bedürftigkeit. Ein Handbuch, Diss. Basel, Zürich/St. Gallen 2014.
- WOLFFERS FELIX, Grundriss des Sozialhilferechts, Eine Einführung in die Fürsorgegesetzgebung von Bund und Kantonen, 2. Aufl., Bern/Stuttgart/Wien 1999.
- WÜGER DANIEL, Anwendbarkeit und Justiziabilität völkerrechtlicher Normen im schweizerischen Recht: Grundlagen, Methoden und Kriterien, Diss. Bern, Bern 2005.
- WYLER REMY/HEINZER BORIS, *Droit du Travail*, 4. Aufl., Bern 2019.
- ZATZ NOAH, What Welfare Requires From Work, *UCLA Law Review* 373 (2006), S. 373–464.
- ZIMMERLI ULRICH, Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im öffentlichen Recht. Versuch einer Standortbestimmung, Diss. Bern, Basel 1978.
- ZÜND ANDREAS, Grundrechtsverwirklichung ohne Verfassungsgerichtsbarkeit, *AJP* 9/2013, S. 1349–1357.

Kantonale Rechtsgrundlagen

Es gilt die **fett** und in Klammer angegebene Abkürzung.

Aargau (AG):

Gesetz über die öffentliche Sozialhilfe und die soziale Prävention (Sozialhilfe- und Präventionsgesetz) vom 6. März 2001 (**SPG/AG**), Systematische Sammlung des Aargauischen Rechts 851.200.

Sozialhilfe- und Präventionsverordnung (SPV), vom 28. August 2002 (**SPV/AG**), Systematische Sammlung des Aargauischen Rechts 851.211.

Appenzell Ausserrhoden (AR):

Verfassung des Kantons Appenzell Ausserrhoden vom 30. April 1995 (**KV/AR**), SR 131.224.1.

Gesetz über die öffentliche Sozialhilfe (Sozialhilfegesetz, SHG) vom 24. September 2007 (**SHG/AR**), Ausserrhodische Gesetzessammlung 851.1.

Appenzell Innerrhoden (AI):

Verfassung für den Eidgenössischen Stand Appenzell I. Rh. vom 24. Wintermonat 1872 (**KV/AI**), SR 131.224.2.

Gesetz über die öffentliche Sozialhilfe (Sozialhilfegesetz, ShiG) vom 29. April 2001 (**ShiG/AI**), Gesetzessammlung 850.000.

Verordnung über die öffentliche Sozialhilfe (ShiV) vom 1. Oktober 2001 (**ShiV/AI**), Gesetzessammlung 850.010.

Basel-Landschaft (BL):

Verfassung des Kantons Basel-Landschaft vom 17. Mai 1984 (**KV/BL**), SR 131.222.2.

Gesetz über die Sozial-, die Jugend- und die Behindertenhilfe (Sozialhilfegesetz, SHG) vom 21. Juni 2001 (**SHG/BL**), Systematische Gesetzessammlung 850.

Sozialhilfeverordnung (SHV) vom 25. September 2001 (**SHV/BL**), Systematische Gesetzessammlung 850.11.

Basel-Stadt (BS):

Verfassung des Kantons Basel-Stadt vom 23. März 2005 (**KV/BS**), SR 131.222.1.

Sozialhilfegesetz vom 29. Juni 2000 (**SHG/BS**), Systematische Gesetzessammlung Basel-Stadt 890.100.

Bern (BE):

Verfassung des Kantons Bern (KV) vom 6. Juni 1993 (**KV/BE**), SR 131.212.

Gesetz über die öffentliche Sozialhilfe (Sozialhilfegesetz, SHG) vom 11. Juni 2001 (**SHG/BE**), Bernische Systematische Gesetzessammlung 860.1.

Verordnung über die öffentliche Sozialhilfe (Sozialhilfeverordnung, SHV) vom 24. Oktober 2001 (**SHV/BE**), Bernische Systematische Gesetzessammlung 860.111.

Freiburg (FR):

Sozialhilfegesetz vom 14. November 1991 (**SHG/FR**), Systematische Gesetzessammlung des Kantons Freiburg 831.0.1.

Ausführungsreglement zum Sozialhilfegesetz (ARSHG) vom 30. November 1999 (**ARSHG/FR**), Systematische Gesetzessammlung des Kantons Freiburg 831.0.11.

Verordnung über die Richtsätze für die Bemessung der materiellen Hilfe nach dem Sozialhilfegesetz vom 2. Mai 2006 (**Richtsätze VO/FR**), Systematische Gesetzessammlung des Kantons Freiburg 831.0.12.

Genf (GE):

Loi sur l'insertion et l'aide sociale individuelle (LIASI) du 22 mars 2007 (**LIASI/GE**), Recueil systématique genevois J 4 04.

Règlement d'exécution de la loi sur l'insertion et l'aide sociale individuelle du 25 juillet 2007 (**RIASI/GE**), Recueil systématique genevois J 4 04.01.

Glarus (GL):

Gesetz über die öffentliche Sozialhilfe (Sozialhilfegesetz) vom 7. Mai 1995 (**SHG/GL**), Gesetzessammlung VIII E/21/3.

Graubünden (GR):

Verfassung des Kantons Graubünden vom 14. September 2003 (**KV/GR**), SR 131.226.

Gesetz über die öffentliche Sozialhilfe im Kanton Graubünden (Sozialhilfegesetz) vom 7. Dezember 1986 (**SHG/GR**), Bündner Rechtsbuch 546.100.

Gesetz über die Unterstützung Bedürftiger (Kantonales Unterstützungsgesetz) vom 3. Dezember 1978 (**UG/GR**), Bündner Rechtsbuch 546.250.

Ausführungsbestimmungen zum kantonalen Unterstützungsgesetz vom 8. November 2005 (**ABzUG/GR**), Bündner Rechtsbuch 546.270.

Jura (JU):

Verfassung der Republik und des Kantons Jura vom 20. März 1977 (**KV/JU**), SR 131.235.

Loi sur le salaire minimum cantonal de la République et Canton du Jura du 22 novembre 2017 (**LSalMin/JU**), Recueil systématique jurassien 822.41.

Loi sur l'action sociale du 15 décembre 2000 (**LASoc/JU**), Recueil systématique jurassien 850.1.

Ordonnance sur l'action sociale du 30 avril 2002 (**OASoc/JU**), Recueil systématique jurassien 850.111.

Arrêté fixant les normes applicables en matière d'aide sociale du 8 novembre 2005 (**Arrêté/JU**), Recueil systématique jurassien 850.111.1.

Luzern (LU):

Verfassung des Kantons Luzern vom 17. Juni 2007 (**KV/LU**), SR 131.213.

Sozialhilfegesetz (SHG) vom 16. März 2015 (**SHG/LU**), Systematische Rechtssammlung des Kantons Luzern 892.

Sozialhilfeverordnung vom 13. Juli 1990 (**SHV/LU**), Systematische Rechtssammlung des Kantons Luzern 892a.

Neuenburg (NE):

Loi sur l'emploi et l'assurance-chômage du 25 mai 2004 (**LEmpl/NE**), Recueil systématique de la législation neuchâteloise 813.10.

Règlement portant sur l'application des dispositions de la loi sur l'emploi et l'assurance-chômage relatives au salaire minimum neuchâtelois du 25 octobre 2017 (**RSalMin/NE**), Recueil systématique de la législation neuchâteloise 813.100.0.

Loi sur l'action sociale (LASoc) du 25 juin 1996 (**LASoc/NE**), Recueil systématique de la législation neuchâteloise 831.0.

Règlement d'exécution de la loi sur l'action sociale du 27 novembre 1996 (**RLASoc/NE**), Recueil systématique de la législation neuchâteloise 831.01.

Arrêté fixant les normes pour le calcul de l'aide matérielle du 4 novembre 1998 (**Arrêté/NE**), Recueil systématique de la législation neuchâteloise 831.02.

Nidwalden (NW):

Gesetz über die Sozialhilfe vom 29. Januar 1997 (**SHG/NW**), Nidwaldner Gesetzessammlung 761.1.

Obwalden (OW):

Sozialhilfegesetz vom 23. Oktober 1983 (**SHG/OW**), Obwaldner Gesetzessammlung 870.1.

Schaffhausen (SH):

Gesetz über die öffentliche Sozialhilfe und soziale Einrichtungen vom 28. Oktober 2013 (**SHEG/SH**), Schaffhauser Rechtsbuch 850.100.

Schwyz (SZ):

Verfassung des Kantons Schwyz vom 24. November 2010 (**KV/SZ**), SR 131.215.

Gesetz über die Sozialhilfe vom 18. Mai 1983 (**SHG/SZ**), Schwyzer Gesetzessammlung 380.100.

Vollziehungsverordnung zum Gesetz über die Sozialhilfe vom 30. Oktober 1984 (**SHV/SZ**), Schwyzer Gesetzessammlung 380.111.

Solothurn (SO):

Sozialgesetz (SG) vom 31. Januar 2007 (**SG/SO**), Bereinigte Gesetzessammlung 831.1.

Sozialhilfeverordnung (SV) vom 29. Oktober 2007 (**SV/SO**), Bereinigte Gesetzessammlung 831.2.

St. Gallen (SG):

Verfassung des Kantons St. Gallen vom 10. Juni 2001 (**KV/SG**), SR 131.225.

Sozialhilfegesetz vom 27. September 1998 (**SHG/SG**), Systematische Gesetzessammlung des Kantons St. Gallen 381.1.

Tessin (TI):

Legge sull'assistenza sociale dell'8 marzo 1971 (**SHG/TI**), Raccolta delle leggi del cantone Ticino 6.4.11.1.

Regolamento sull'assistenza sociale del 18 febbraio 2003 (**SHV/TI**), Raccolta delle leggi del cantone Ticino 6.4.11.1.1.

Direttive riguardanti gli importi delle prestazioni assistenziali 2016 del 22 dicembre 2015 (**Direttive/TI**), Raccolta delle leggi del cantone Ticino 6.4.11.1.3.

Thurgau (TG):

Gesetz über die öffentliche Sozialhilfe (Sozialhilfegesetz) vom 29. März 1984 (**SHG/TG**), Thurgauer Rechtsbuch 850.1.

Verordnung des Regierungsrates zum Gesetz über die öffentliche Sozialhilfe (Sozialhilfeverordnung) vom 15. Oktober 2017 (**SHV/TG**), Thurgauer Rechtsbuch 850.11.

Uri (UR):

Gesetz über die öffentliche Sozialhilfe (Sozialhilfegesetz) vom 28. September 1997 (**SHG/UR**), Urner Rechtsbuch 20.3421.

Vaudt (VD):

Verfassung des Kantons Vaudt vom 14. April 2003 (**KV/VD**), SR 131.231.

Loi sur l'emploi (LEmp) du 5 juillet 2005 (**LEmp/VD**), Base législative vaudoise 822.11.

Loi sur l'action sociale vaudoise (LASV) du 2 décembre 2003 (**LASV/VD**), Base législative vaudoise 850.051.

Règlement d'application de la loi du 2 décembre 2003 sur l'action sociale vaudoise (RLASV) du 26 octobre 2006 (**RLASV/VD**), Base législative vaudoise 850.051.1.

Wallis (VS):

Verfassung des Kantons Wallis vom 8. März 1907 (**KV/VS**), SR 131.232.

Gesetz über die Eingliederung und die Sozialhilfe vom 26. März 1996 (**SHG/VS**), Walliser Gesetzessammlung 850.1.

Ausführungsreglement zum Gesetz über die Eingliederung und die Sozialhilfe (ARGES) vom 7. Dezember 2011 (**ARGES/VS**), Walliser Gesetzessammlung 850.100.

Zug (ZG):

Gesetz über die Sozialhilfe im Kanton Zug (Sozialhilfegesetz) vom 16. Dezember 1982 (**SHG/ZG**), Bereinigte Gesetzessammlung 861.4.

Zürich (ZH):

Verfassung des Kantons Zürich vom 27. Februar 2005, SR 131.211.

Sozialhilfegesetz (SHG) vom 14. Juni 1981 (**SHG/ZH**), Zürcher Gesetzessammlung 851.1.

Internationale Materialien

WSK-Ausschuss

Aufgeführt sind diejenigen Dokumente, die mehrmals zitiert wurden. Hier gilt die in Klammer angegebene Zitierweise. Nur einmal verwendete Dokumente sind mit den kompletten Angaben in der jeweiligen Fussnote zitiert.

General Comments (Allgemeine Bemerkungen)

General Comment No. 3, The Nature of the States Parties' Obligations, 14 December 1990, E/1991/23 (General Comment 3 (1990), § ...)

General Comment No. 13, The right to education (Art. 13), 8 December 1999, E/C.12/1999/10 (General Comment 13 (1999), § ...)

General Comment No. 14, The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12), 11 August 2000, E/C.12/2000/4 (General Comment 14 (2000), § ...)

General Comment No. 15, The Right to Water (Art. 11 and 12), 20 January 2003, E/C.12/2002/11 (General Comment 15 (2003), § ...)

General Comment No. 18, The right to work (Art. 6), 6 February 2006, E/C.12/GC/18 (General Comment 18 (2005), § ...)

General Comment No. 19, The right to social security (Art. 9), 4 February 2009, E/C.12/GC/19 (General Comment 19 (2008), § ...)

General Comment No. 23, The right to just and favourable conditions of work (article 7 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), 27 April 2016, E/C.12/GC/23 (General Comment 23 (2016), § ...)

Schlussbemerkungen/Concluding Observations

Austria, 13.12.2013, E/C.12/AUT/CO/4 (Concluding Observations, Austria, 2013)

Bolivia, 21.05.2001, E/C.12/1/Add.60 (Concluding Observations, Bolivia, 2001)

Canada, 10.12.1998, E/C.12/1/Add.31 (Concluding Observations, Canada, 1998)

Canada, 22.05.2006, E/C.12/CAN/CO/5 (Concluding Observations, Canada, 2006)

Germany, 12.07.2011, E/C.12/Deu/CO/5 (Concluding Observations, Germany, 2011)

Germany, 27.11.2018, E/C.12/DEU/CO/6 (Concluding Observations, Germany, 2018)

Suriname, 07.06.1995, E/C.12/1995/6 (Concluding Observations, Suriname, 1995)

Switzerland, 18.11.2019, E/C.12/CHE/CO/4 (Concluding Observations, Switzerland, 2019)

Switzerland, 26.11.2010, E/C.12/CHE/CO/2-3 (Concluding Observations, Switzerland, 2010)

Staatenberichte

Staatenbericht der Schweiz, 14.02.2018, E/C.12/CHE/4 (Staatenbericht Schweiz, 2018)

Individualbeschwerden

Communication No. 1/2013, *Miguel Angel Lopez Rodriguez ./. Spanien* v. 04.03.2016, E/C.12/57/D/1/2013.

Communication No. 2/2014, *I.D.G. ./. Spanien* v. 17.06.2015, E/C.12/55/D/2/2014.

Communication No. 22/2017, *S.C and G.P. ./. Italien* v. 07.03.2019, E/C.12/65/D/22/2017.

Menschenrechtsausschuss

Individualbeschwerden

Communication No. 854/1999, *Manuel Wackenheim ./. Frankreich* v. 15.07.2002, CCPR/C/75/D/854/1999 (MRA, *Manuel Wackenheim ./. Frankreich*)

Communication No. 1036/2001, *Faure ./. Australien* v. 31.10.2005, CCPR/C/85/D/1035/2001 (MRA, *Faure ./. Australien*)

BRK-Ausschuss

Schlussbemerkungen

Austria, 30.09.2013, CRPD/C/AUT/CO/1 (Concluding Observations, Austria, 2013)

Germany, 13.05.2015, CRPD/C/DEU/CO/1 (Concluding Observations, Germany, 2015)

Staatenberichte

Initial report submitted by Switzerland under article 35 of the Convention, due in 2016, 10.12.2018, CRPD/C/CHE/1 (Staatenbericht Schweiz, 2016)

Individualbeschwerden

Communication No. 2/2010, *Liliane Gröninger ./. Deutschland* v. 07.07.2014, CRPD/C/D/2/2010 (BRK-Ausschuss, *Liliane Gröninger ./. Deutschland*)

ILO

Berichte der Arbeitskonferenz

Social security and the rule of law, General survey concerning social security instruments in light of the 2008 Declaration on Social Justice for a Fair Globalization, Report III (Part 1B), 100th session 2011 (ILD.100/III/1B), Genf 2011 (ILO, social security)

The cost of coercion, Global Report under the follow-up to the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work, 98th Session 2009, Report I (B), Genf 2009 (ILO, coercion)

Eradication of forced labour, General Survey concerning the Forced Labour Convention, 1930 (No. 29), and the Abolition of Forced Labour Convention, 1957 (No. 105), Report III (Part 1B), Third item on the Agenda, Genf 2007 (ILO, Eradication)

A global alliance against forced labour, Global Report under the Follow-up to the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work, 93rd Session 2005, Report I (B), Genf 2005 (ILO, alliance)

Expert_innenkomitee/CEACR

Die *direct request* und *conclusions* des CEACR bezüglich der länderspezifischen Anwendung einer bestimmten Konvention *seit 1987* sind auf der ILO-Datenbank Normlex aufzufinden (www.ilo.org/normlex / Supervising the application of the International Labour Standards / Search Comments by the supervisory bodies → Suche nach Land / Jahr / Konvention).

Frühere Dokumente sind in der ILO-Datenbank *Labodoc* zu finden (www.labourdoc.ilo.org / International Labour Conference / Report on the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations – Report III (1A) / 1932–2017 → Dokumente nach Jahr geordnet).

Die *Representations* (auch vor 1987) sind auf Normlex zu finden (www.ilo.org/normlex / Supervising the application of the International Labour Standards / Representations (Art. 24) → Filtern nach Land oder Jahr).

ILO-Übereinkommen

- Nr. 1 über die Begrenzung der Arbeitszeit in gewerblichen Betrieben auf acht Stunden täglich und achtundvierzig Stunden wöchentlich, 1919
- Nr. 29 über Zwangs- oder Pflichtarbeit vom 28. Juni 1930, SR 0.822.713.9
- Nr. 102 über die Mindestnormen der Sozialen Sicherheit vom 28. Juni 1952, SR 0.831.102
- Nr. 105 über die Abschaffung der Zwangsarbeit vom 25. Juni 1957, SR 0.822.720.5
- Nr. 122 über die Beschäftigungspolitik vom 9. Juli 1964, SR 0.822.722.2
- Nr. 128 über Leistungen bei Invalidität und Alter und an Hinterbliebene vom 29. Juni 1967, SR 0.831.105
- Nr. 131 über die Festsetzung von Mindestlöhnen, besonders unter Berücksichtigung der Entwicklungsländer, 1970
- Nr. 142 über die Berufsberatung und die Berufsbildung im Rahmen der Erschliessung des Arbeitskräftepotentials vom 23. Juli 1975, SR 0.822.724.2
- Nr. 155 über Arbeitsschutz und Arbeitsumwelt, 1981
- Nr. 159 über die berufliche Rehabilitation und die Beschäftigung der Behinderten vom 20. Juni 1983, SR 0.822.725.9
- Nr. 168 über Beschäftigungsförderung und den Schutz gegen Arbeitslosigkeit vom 21. Juni 1988, SR 0.822.726.8
- Nr. 187 Übereinkommen über den Förderungsrahmen für den Arbeitsschutz, 2006

ILO-Empfehlungen

- Nr. 60 betreffend das Lehrlingswesen, 1939
- Nr. 99 betreffend die berufliche Eingliederung und Wiedereingliederung der Behinderten, 1955
- Nr. 136 betreffend Sonderprogramme für die Beschäftigung und Ausbildung Jugendlicher zu Entwicklungszwecken, 1970
- Nr. 150 betreffend die Berufsberatung und die Berufsbildung im Rahmen der Erschliessung des Arbeitskräftepotentials, 1975
- Nr. 168 betreffend die berufliche Rehabilitation und die Beschäftigung der Behinderten, 1983
- Nr. 176 betreffend Beschäftigungsförderung und den Schutz gegen Arbeitslosigkeit, 1988
- Nr. 198 betreffend das Arbeitsverhältnis, 2006

EMRK-Rechtsprechung

Alphabetisch aufgeführt sind hier die Urteile, die mehrmals verwendet wurden; bei der erstmaligen Verwendung erfolgt das ganze Zitat und bei der weiteren lediglich die Namen der Parteien. Bei Urteilen, die nur einmal verwendet wurden, finden sich alle Angaben in der betreffenden Fussnote. Die Urteile sind abrufbar unter: <https://hudoc.echr.coe.int>

EGMR

Airey ./. Irland v. 09.10.1979, Appl. No. 6289/73.
Barbulescu ./. Rumänien v. 05.09.2017, Appl. No. 61496/08.
Brincat u.a. ./. Malta v. 24.07.2014, Appl. No. 60908/11 u.a.
Budina ./. Russland v. 18.06.2009, Appl. No. 45603/05.
Chitos ./. Griechenland v. 04.06.2015, Appl. No. 51637/12.
Chowdury u.a. ./. Griechenland v. 30.03.2017, Appl. No. 21884/15.
C.N. und V. ./. Frankreich v. 11.10.2012, Appl. No. 67724/09.
Demir und Baykara ./. Türkei v. 12.11.2008, Appl. No. 34503/97.
Dolopoulos ./. Griechenland v. 17.11.2015, Appl. No. 36656/14.
Eweida u.a. ./. Vereinigtes Königreich v. 15.01.2013, Appl. No. 48420/10.
Lopez Ostra ./. Spanien v. 09.12.1994, Appl. No. 16798/90.
Karlheinz Schmidt ./. Deutschland v. 18.07.1994, Appl. No. 13580/88.
Meier ./. Schweiz v. 09.02.2016, Appl. No. 10109/14.
Petrovic ./. Österreich v. 27.03.1998, Appl. No. 20458/92.
Rantsev ./. Zypern und Russland v. 07.01.2010, Appl. No. 25965/04.
Schuitemaker ./. Niederlande v. 04.05.2010, Appl. No. 15906/08.
Sidabras und Dziautas ./. Litauen v. 27.07.2004, Appl. No. 55480/00 und 59330/00.
Siliadin ./. Frankreich v. 26.07.2005, Appl. No. 73316/01.
Stjerna ./. Finnland v. 25.11.1994, Appl. No. 181831/91.
Stummer ./. Österreich v. 07.07.2011, Appl. No. 37452/02.
Tibet Mentes u.a. ./. Türkei v. 24.10.2017, Appl. No. 57818/10 u.a.
Van der Mussele ./. Belgien v. 23.11.1983, Appl. No. 8919/80.
Vilnes u.a. ./. Norwegen v. 05.12.2013, Appl. No. 52806/09 und 22703/10.

EKMR

Iversen ./. Norwegen v. 17.12.1963, Appl. No. 1468/62.
Talmon ./. Niederlande v. 26.01.1997, Appl. No. 30300/96.
X. ./. Niederlande v. 13.12.1976, Appl. No. 7602/76.

ECSR

Digest of the case law of the European Committee of Social Rights, December 2018, www.coe.int (Human Rights / European Social Charter / Committee of Social Rights / Decisions and Conclusions / Digest), besucht am 30.04.2021 (ECSR, Digest)

Die *conclusions* des ECSR sind abrufbar unter: <https://hudoc.esc.coe.int/> und werden unter Angabe des betreffenden Landes, der Nr. der Conclusion und des Jahres der Verabschiedung zitiert.

Materialien Schweiz

Es gilt die in Klammer angegebene Zitierweise. Materialien, die nicht mehrmals verwendet wurden, sind mit dem ganzen Zitat in der Fussnote vermerkt.

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Arbeitslosenversicherung vom 16. August 1950, BBl 1950 II 525 ff. (Botschaft AVIG 1951)

Botschaft zu einem neuen Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung vom 2. Juli 1980, BBl 1980 III 489 ff. (Botschaft AVIG 1982)

Botschaft zu einer Teilrevision des Arbeitslosenversicherungsgesetzes (AVIG) vom 23. August 1989, BBl 1989 III 377 ff. (Botschaft AVIG Teilrevision)

Botschaft zu einem Bundesbeschluss über Massnahmen in der Arbeitslosenversicherung vom 27. Januar 1993, BBl 1993 I 677 ff. (Botschaft AVIG Bundesbeschluss)

Botschaft zur zweiten Teilrevision des Arbeitslosenversicherungsgesetzes (AVIG) vom 29. November 1993, BBl 1994 I 340 ff. (Botschaft 2. AVIG-Revision)

Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I 1 ff. (Botschaft neue BV)

Botschaft zu einem revidierten Arbeitslosenversicherungsgesetz vom 28. Februar 2001, BBl 2001 2245 ff. (Botschaft 3. AVIG-Revision)

Botschaft zur Änderung des Arbeitslosenversicherungsgesetzes vom 4. September 2008, BBl 2008 7733 ff. (Botschaft 4. AVIG-Revision)

Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung (5. Revision) vom 2. August 2005, BBl 2005 4459 ff. (Botschaft 5. IV-Revision)

Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung (6. IV-Revision, erstes Massnahmenpaket) vom 24. Februar 2010, BBl 2010 1817 ff. (Botschaft 6. IV-Revision)

Botschaft zur Genehmigung des Übereinkommens vom 13. Dezember 2006 über die Rechte von Menschen mit Behinderungen vom 19. Dezember 2012, BBl 2013 661 ff. (Botschaft BRK)

Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung (Weiterentwicklung der IV) vom 15. Februar 2017, BBl 2017 2535 ff. (Botschaft Weiterentwicklung IV)

Interviews

K1	Klient soziale Integration, Stadt Bern
K4	Klient berufliche Integration, Stadt Bern
K8	Klient Beschäftigungsprogramm, Uri
K9	Klient Beschäftigungsprogramm, Uri
K14	Klient berufliche Integration, Waadt
P1	Leitung soziales Integrationsprogramm, Stadt Bern
P4	Geschäftsleitung Beschäftigungsprogramm, Uri
P5	Geschäftsleitung Beschäftigungsprogramm, Stadt Bern
P6	Geschäftsleitung berufliches Integrationsprogramm, Waadt
S2	Sozialarbeiterinnen Sozialdienst einer ländlichen Region, Bern
S3	Leitung Sozialdienst einer ländlichen Region, Bern
S4	Administration cantonale Vaud – Service de prévoyance et d’aide sociale
S5	Leitung Sozialdienst Altdorf
S6	Leitung Sozialdienst Urner Oberland, Erstfeld
S7	Leitung Kompetenzzentrum Arbeit, Bern
S9	Leitung kantonales Sozialamt Uri

Abkürzungsverzeichnis

AB N	Amtliches Bulletin Nationalrat
Abs.	Absatz
AB S	Amtliches Bulletin Ständerat
AEMR	Allgemeine Erklärung der Menschenrechte vom 10. Dezember 1948, Resolution 217 A (III)
AHV	Alters- und Hinterlassenenversicherung
AHVG	Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 20. Dezember 1946, SR 831.10.
AIG	Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration vom 16. Dezember 2005, SR 142.20.
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
ALE	Arbeitslosenentschädigung
ALV	Arbeitslosenversicherung
a.M.	anderer Meinung
AMM	Arbeitsmarktliche Massnahme
ArG	Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz) vom 13. März 1963, SR 822.11.
ArGV 1	Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz vom 10. Mai 2000, SR 822.111.
Art.	Artikel
ARV	Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
AsylG	Asylgesetz vom 26. Juni 1998, SR 142.31.
ATSG	Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 6. Oktober 2000, SR 830.1.
Aufl.	Auflage
AVEG	Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen vom 28. September 1956, SR 221.215.311.
AVIG	Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (Arbeitslosenversicherungsgesetz) vom 25. Juni 1982, SR 837.0.
AVIG 1951	Bundesgesetz über die Arbeitslosenversicherung vom 22. Juni 1951, in der Fassung vom 22. Juni 1951, AS 1951 1163 ff.
AVIG 1982	Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (Arbeitslosenversicherungsgesetz) vom 25. Juni 1982, in der Fassung vom 25. Juni 1982, AS 1982 2184 ff.

AVIG 1995	Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (Arbeitslosenversicherungsgesetz) vom 25. Juni 1982, in der Fassung vom 23. Juni 1995, AS 1996 273 ff.
AVIV	Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (Arbeitslosenversicherungsverordnung) vom 31. August 1983, SR 837.02.
BBG	Bundesgesetz über die Berufsbildung vom 13. Dezember 2002, SR 412.10.
BBl	Bundesblatt
BGE	Bundesgerichtsentscheid
BGer	Bundesgericht
BGG	Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2006, SR 173.110.
BK	Berner Kommentar
BöB	Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1994, SR 172.056.1.
BRK	Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderung vom 13. Dezember 2006 (Behindertenkonvention), SR 0.109.
BSG	Bernische Systematische Gesetzessammlung
BSK	Basler Kommentar
bspw.	beispielsweise
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101.
BVG	Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 25. Juni 1982, SR 831.40.
BVGer	Bundesverwaltungsgericht
BVR	Bernische Verwaltungsrechtsprechung
CEACR	Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations; ILO-Expert_innenkomitee; Sachverständigenausschuss der ILO
CEDAW	Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau vom 18. Dezember 1979 (Frauendiskriminierungskonvention), SR 0.108.
ders.	derselbe
d.h.	das heisst
dies.	dieselbe/dieselben
Diss.	Dissertation
dRSK	Digitaler Rechtsprechungs-Kommentar

DSG	Bundesgesetz über den Datenschutz vom 19. Juni 1992, SR 235.1.
E.	Erwägung
ECSR	Europäischer Ausschuss für Soziale Rechte (European Committee on Social Rights/Comité européen des Droits sociaux)
EFB	Einkommensfreibetrag
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EJIL	European Journal of International Law
EKMR	Europäische Kommission für Menschenrechte
EL	Ergänzungsleistungen
ELG	Bundesgesetz über Ergänzungsleistungen zur Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung vom 6. Oktober 2005, SR 831.30.
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950, SR 0.101.
EO	Erwerbersatzordnung
ESC	Europäische Sozial Charta (revidiert) vom 3. Mai 1996.
et al.	et alii (und andere)
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuZA	Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht
evtl.	eventuell
f.	folgende Seite/Nummer
ff.	folgende Seiten/Nummern
Fn.	Fussnote
FS	Festschrift
FZA	Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedsstaaten andererseits über die Freizügigkeit vom 21. Juni 1999, SR 0.142.112.681.
GAV	Gesamtarbeitsvertrag
GBL	Grundbedarf für den Lebensunterhalt
GEF	Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern (seit 01.01.2020: Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion GSI)
gem.	gemäss
gl.M.	gleicher Meinung
HAVE	Haftung und Versicherung
Hrsg.	Herausgeber
i.e.S.	im engeren Sinn
IFEG	Bundesgesetz über die Institutionen zur Förderung der Eingliederung von invaliden Personen vom 6. Oktober 2006, SR 831.26.

ILO	International Labour Organization / Internationale Arbeitsorganisation
ILO-Verfassung	Verfassung der Internationalen Arbeitsorganisation vom 28. Juni 1919 (in der Fassung der Urkunde über die Abänderung der Verfassung der Internationalen Arbeitsorganisation vom 9. Oktober 1946), SR 0.820.1.
insbes.	insbesondere
i.S.	im Sinn
i.S.v.	im Sinn von
IV	Invalidenversicherung
IVG	Bundesgesetz vom 19. Juni 1959 über die Invalidenversicherung, SR 831.20.
i.V.m.	in Verbindung mit
IZU	Integrationszulage
KG	Kantonsgericht
KRK	Übereinkommen über die Rechte des Kindes vom 20. November 1989 (Kinderrechtskonvention), SR 0.107.
KVG	Bundesgesetz über die Krankenversicherung vom 18. März 1994, SR 832.10.
lit.	litera
m.a.W.	mit anderen Worten
m.E.	meines Erachtens
m.H.a.	mit Hinweis auf
MRA	Menschenrechtsausschuss
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
N	Note, Randnote
NAV	Normalarbeitsvertrag
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
OGer	Obergericht
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911, SR 220.
Pra	Die Praxis
PvB	Programm zur vorübergehenden Beschäftigung
RAV	Regionales Arbeitsvermittlungszentrum
RDAF	Revue de droit administratif et du droit fiscal

RDK	Internationales Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung vom 21. Dezember 1965, SR 0.104.
resp.	respektive
RJJ	Revue jurassienne de jurisprudence
RSJU	Recueil systématique jurassien
RSN	Recueil systématique de la législation neuchâteloise
SBVR	Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht
SECO	Staatssekretariat für Wirtschaft
SGB I	Sozialgesetzbuch, Erstes Buch, Allgemeiner Teil s
SGB II	Sozialgesetzbuch, Zweites Buch, Grundsicherung für Arbeits-suchende
SJ	Semaine Judiciaire
SKöF	Schweizerische Konferenz für öffentliche Fürsorge
SKOS	Schweizerische Konferenz für Sozialhilfe
SKOS-RL	Richtlinien der Schweizerischen Konferenz für Sozialhilfe (per 01.01.2020)
SODK	Konferenz der kantonalen Sozialdirektorinnen und Sozial-direktoren
sog.	sogenannt
SR	Systematische Rechtssammlung
SRF	Schweizer Radio und Fernsehen
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937, SR 311.0.
SZS	Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und Berufliche Vorsorge
TA	Tribunal Administratif
TAP	Testarbeitsplatz
TC	Tribunal Cantonal
tw.	teilweise
UNO	United Nations Organisation (Organisation der Vereinten Nationen)
UN-Pakt I	Internationaler Pakt vom 16. Dezember 1966 über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, SR 0.103.1.
UN-Pakt II	Internationaler Pakt vom 16. Dezember 1966 über bürgerliche und politische Rechte, SR 0.103.2.
u.U.	unter Umständen
UVG	Bundesgesetz über die Unfallversicherung vom 20. März 1981, SR 832.20.

UVV	Verordnung über die Unfallversicherung vom 20. Dezember 1982, SR 832.202.
v.a.	vor allem
VerwG	Verwaltungsgericht
vgl.	vergleiche
VSSR	Vierteljahresschrift für Sozialrecht
VUV	Verordnung über die Verhütung von Unfällen und Berufskrankheiten vom 19. Dezember 1983, SR 832.30.
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtler
WSK-Ausschuss	Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (Committee on Economic, Social and Cultural Rights/Comité des droits économiques, sociaux et culturels)
WVK	Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969, SR 0.111.
z.B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
ZESO	Zeitschrift für Sozialhilfe
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR 210.
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
ZUG	Bundesgesetz vom 24. Juni 1977 über die Zuständigkeit für die Unterstützung Bedürftiger (Zuständigkeitsgesetz), SR 851.1.

Tabellenverzeichnis

Tabelle 1: Übersicht Arbeitspflichten kantonale Sozialhilfegesetze (eigene Recherche) ...	113
Tabelle 2: Übersicht Sanktionshöhe in den kantonalen Grundlagen (eigene Recherche) ..	124
Tabelle 3: Zumutbare Arbeit in den kantonalen Rechtsgrundlagen (eigene Recherche)	171
Tabelle 4: Zusammenfassung objektive Kriterien (eigene Recherche)	479
Tabelle 5: Zusammenfassung subjektive Kriterien (eigene Recherche)	480

Einleitung

I. Aktivierende Sozialpolitik und zumutbare Arbeit

Die weitaus wichtigste Quelle der Existenzsicherung in der Schweiz ist ein Er- 1
werbseinkommen aus einer Erwerbstätigkeit.¹ Ist die Existenzsicherung durch
eine Erwerbsarbeit nicht (mehr) möglich, bieten die Sozialversicherungen ein Er-
satzeinkommen. Als letztes soziales Netz gewährt die Sozialhilfe eine Existenz-
sicherung und schliesslich besteht ein verfassungsrechtlicher Anspruch auf die-
jenigen Mittel, die für ein menschenwürdiges Dasein unerlässlich sind (Recht auf
Hilfe in Notlagen gem. Art. 12 BV).

Seit etwa Mitte der 90er Jahre orientiert sich die schweizerische Sozialpolitik am 2
«Aktivierungsparadigma».² Ziel der aktivierenden Sozialpolitik ist es, Bezüger_
innen³ von Sozialleistungen (wieder) in den Arbeitsmarkt zu integrieren respek-
tive deren Inaktivität zu verhindern. Das hat zu wesentlichen Veränderungen der
Ausgestaltung aller Ebenen des sozialen Sicherungssystems geführt: zunächst in
den Sozialversicherungen⁴ und schliesslich auch in der Sozialhilfe.

Diese Änderungen haben Auswirkungen auf die Frage, wie die Existenz gesichert 3
wird, wenn kein Erwerbseinkommen erwirtschaftet wird, denn dadurch verliert
das Sozialsystem einen Teil seiner «dekommodifizierenden» Wirkung. Unter «De-
kommodifizierung» wird verstanden, dass soziale Sicherheit nicht nur durch die
Verwertung der Arbeitskraft auf dem Arbeitsmarkt erreicht wird, sondern auch
durch nicht an Arbeitsleistung gebundene Sozialleistungen.⁵ Die Dekommodifi-
zierung der Arbeit durch Vermittlung von (Rechts-)Ansprüchen auf Sozialleis-

¹ Vgl. BUNDESAMT FÜR STATISTIK, Sichtbare Unterschiede beim Nahrungsmittelkonsum, Medienmitteilung vom 19.11.2019, www.bfs.admin.ch (Statistik finden / Wirtschaftliche und soziale Situation der Bevölkerung / Einkommen, Verbrauch und Vermögen / Medienmitteilung), besucht am 30.04.2021.

² Statt vieler: SCHALLBERGER PETER/WYER BETTINA, Praxis der Aktivierung, Konstanz 2010, S. 1.

³ Mit dieser Schreibweise (Gender-Gap) von Personenbezeichnungen werden Personen jeglichen Geschlechts und jeglicher Geschlechtsidentität – auch ausserhalb der Dichotomie von männlich und weiblich – eingeschlossen. Für die bessere Leserlichkeit wird darauf verzichtet, Artikel mit dem Gender-Gap zu versehen und es wird jeweils nur der weibliche Artikel genannt (z.B. die Bezüger_in).

⁴ Wobei in der Invalidenversicherung seit jeher der Grundsatz gilt, dass eine Eingliederung einer Rente vorgeht, siehe: BUCHER, N 31.

⁵ Das Konzept ist auf ESPING-ANDERSEN, S. 33–54, zurückzuführen.

tungen verringert den Warencharakter der Arbeit⁶ und kann damit auch im Zusammenhang mit der Zielsetzung der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) gesehen werden, die postuliert, Arbeit sei keine Ware.⁷ Die dekommodifizierenden Elemente des Sozialsystems treten mit der aktivierenden Sozialpolitik in den Hintergrund⁸ und der Druck auf die Einzelnen, ihre Arbeitskraft auf dem Arbeitsmarkt zu verwerten, steigt. Dies wirkt «rekomodifizierend»: Rechtsansprüche auf Sozialleistungen im Falle einer (arbeitsmarktlichen) Inaktivität werden gekürzt oder gestrichen und die Leistungen vermehrt von auf den Arbeitsmarkt ausgerichteten Gegenleistungen abhängig gemacht.⁹ Dies geschieht etwa mit der Verschärfung von Anforderungen an Arbeitssuchbemühungen oder der Pflicht, eine verfügbare Arbeit anzunehmen.¹⁰

- 4 Eine spezifische Ausprägung der aktivierenden Sozialpolitik sind Arbeits- und Beschäftigungsprogramme, in welchen die Sozialleistungsbezüger_innen auf die Reintegration in den Arbeitsmarkt vorbereitet werden sollen oder mit denen eine Gegenleistung für die erhaltenen (Sozial-)Leistungen verlangt wird. Diese Programme müssen unter der Androhung von Leistungskürzungen oder Leistungseinstellungen angetreten werden und dehnen die Anforderungen an «Aktivität» auch auf Gebiete ausserhalb des ersten Arbeitsmarktes aus. Sowohl die Sozialversicherungen – insbesondere die Invalidenversicherung (IV) und die Arbeitslosenversicherung (ALV) – als auch das letzte Netz der sozialen Sicherung, die Sozialhilfe, kennen solche Programme. Vor allem auf dieser Stufe ist die Idee, dass eine Gegenleistung für die erhaltene Hilfe oder gar eine Arbeitsleistung als Voraussetzung für die Hilfeleistung erbracht werden soll, verbreitet. Ebenfalls sind Auswirkungen auf die Anspruchsvoraussetzungen des Rechts auf Hilfe in

⁶ PÄRLI, Aktivierung, S. 301.

⁷ Erklärung über die Ziele und Zwecke der Internationalen Arbeitsorganisation (sog. Erklärung von Philadelphia), Ziff. I a, als Beilage zur ILO-Verfassung.

⁸ NADAI, S. 67; BONVIN/CIANFERONI/WIDMER, S. 263; HOOP, S. 34.

⁹ NADAI, S. 67; BONVIN/CIANFERONI/WIDMER, S. 263; HOOP, S. 34; PÄRLI/HUG/PETRIK, N 1066 ff.; explizit zur Verbindung von Beschäftigungsprogrammen und Dekommodifizierung: PÄRLI KURT, Presenteeism, Its Effects and Costs: A Discussion in a Labour Law Perspective, *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 34, no. 1 (2018), S. 53-75, S. 60–64.

¹⁰ EICHHORST WERNER ET AL., Bringing the Jobless into Work? An Introduction to activation policies, in: Eichhorst Werner/Kaufmann Otto/Kone-Seidl Regina (Hrsg.), *Bringing the Jobless into Work? Experiences with activation schemes in Europe and the US*, Berlin 2008, S. 1–16, S. 2.

Notlagen (Art. 12 BV) – also auf die Mittel, die für ein menschenwürdiges Dasein unerlässlich sind – zu beobachten.

So hielt das Bundesgericht in BGE 130 I 71 fest, dass die Teilnahme an Beschäftigungsprogrammen der Sozialhilfe «grundsätzlich» zumutbar und es gerichtsnotorisch sei, dass solche Programme geeignet seien, die Lage von Sozialhilfeempfänger_innen zu verbessern.¹¹ Daraus und aus der späteren Rechtsprechung ergibt sich, dass, wer sich weigert, an einem solchen Programm teilzunehmen, fortan keine staatliche Unterstützung mehr erhält.¹² Nach Ansicht des Bundesgerichts erfüllen Sozialhilfeempfänger_innen, die keine «zumutbare Arbeit» in einem Beschäftigungsprogramm leisten, die Anspruchsvoraussetzungen für die Not- und Sozialhilfe nicht, da sie in der Lage wären, für sich selber zu sorgen. Dies unterstreicht, wie wichtig die Frage ist, welche Arbeiten tatsächlich zumutbar sind und von der einzelnen Person mit Verweis auf ihre Eigenverantwortung und als Vorrang vor staatlichen Unterstützungsleistungen eingefordert werden können.

Durch diese Sozialpolitik wird die Selbstverantwortung¹³ im Vergleich zur (gesellschaftlichen) Solidarität stärker betont, was zur Frage führt, in welchem rechtlichen Rahmen dies geschieht und dies zulässig ist. Diese Abwägung erfolgt im Einzelfall durch die Rechtsanwender_innen über die Anwendung des Verhältnismässigkeitsprinzips und dabei insbesondere mit der Beurteilung, ob ein gefordertes (eigenverantwortliches) Verhalten den Betroffenen zumutbar ist oder aber ob auf das solidarische soziale Sicherungssystem zurückgegriffen werden kann.

II. Fragestellung und Ziel

Diese Mechanismen der aktivierenden Sozialpolitik und v.a. die Frage der Zumutbarkeit einer Arbeitsleistung in Beschäftigungsprogrammen als Voraussetzung für den (ungekürzten) Leistungsbezug im letzten sozialen Sicherungsnetz (Sozial- und Nothilfe) stehen im Zentrum dieser Dissertation.

¹¹ BGE 130 I 71, E. 5.4.

¹² Insbes. BGE 139 I 218 und BGE 142 I 1.

¹³ Eigenverantwortung und Selbstverantwortung werden in der vorliegenden Arbeit synonym und abwechselnd verwendet.

8 Aufgrund der zentralen Bedeutung des Begriffs «zumutbare Arbeit» bei der rechtlichen Beurteilung der Zulässigkeit von sozialhilferechtlichen Beschäftigungsverhältnissen wird dieser in den Mittelpunkt gerückt. Die Arbeit behandelt die folgende übergeordnete Frage:

1. Setzen Verfassungs- und Völkerrecht Grenzen für die Beurteilung einer Arbeit als «zumutbare Arbeit» in sozialhilferechtlichen Beschäftigungsprogrammen? Und wenn ja, welche?

Diese Frage ist von hoher Relevanz, da – wie zu zeigen sein wird – die kantonalen sozialhilferechtlichen Rechtsgrundlagen kaum Vorgaben für die Beurteilung der Zumutbarkeit einer Arbeit in sozialhilferechtlichen Beschäftigungsprogrammen enthalten und auch die bundesgerichtliche Rechtsprechung der Zumutbarkeitsprüfung zurzeit kaum Konturen verleiht.¹⁴ Das Völker- und Verfassungsrecht bietet als übergeordnetes Recht, welches auf allen Staatsebenen zu beachten ist, den normativen Rahmen, welcher zur Beurteilung der «Zumutbarkeit» einer Arbeit heranzuziehen ist, insbesondere da menschen- und grundrechtliche Positionen der Einzelnen einer (spezifischen) Arbeitsleistung entgegenstehen können.

9 Daraus ergeben sich das zweite und das dritte Erkenntnisinteresse der Dissertation, nämlich:

2. Sind das aktuelle Sozialhilferecht und die Praxis mit diesen Vorgaben vereinbar?
3. Oder sind (verfassungs- und völkerrechtskonforme) Alternativen zur heutigen Regulierung und Praxis vorzuschlagen?

10 Dabei werden in der vorliegenden Arbeit unter sozialhilferechtlichen Beschäftigungsverhältnissen¹⁵ Integrationsmassnahmen im Rahmen der Sozialhilfe verstanden, in denen die Teilnehmer_innen eine Arbeitsleistung erbringen. Nicht Teil der Untersuchung sind Integrationsmassnahmen, in denen die Teilnehmer_innen keine Dienstleistung erbringen oder keine Güter herstellen – also keine Arbeit leisten –, wie z.B. ein Bewerbungstraining oder ein Sprachkurs.

11 Die Arbeit beschränkt sich zudem darauf, die Situation gem. den kantonalen Sozialhilfegesetzen darzustellen (Regelsozialhilfe). Die spezifischen Regelungen und Fragestellungen, die sich im Zusammenhang mit Asylbewerber_innen und anderen Ausländer_innen aus dem AsylG und dem AIG ergeben, werden nicht

¹⁴ Siehe hierzu: STUDER/PÄRLI, S. 1390; sowie v.a. Kapitel 3 der vorliegenden Arbeit.

¹⁵ Nachfolgend teilweise auch Beschäftigungsprogramme oder Arbeitsprogramme genannt.

behandelt.¹⁶ Anerkannte Flüchtlinge dürfen aufgrund der Genfer Flüchtlingskonvention in sozialhilferechtlicher Hinsicht nicht schlechter behandelt werden als Schweizer_innen.¹⁷ Die nachfolgenden Ausführungen finden daher auf die Situation von (anerkannten) Flüchtlingen Anwendung; ein besonderer Fokus wird hier jedoch nicht gelegt.

III. Gang der Untersuchung

A. Teil I

In Teil I werden sozialhilferechtliche Beschäftigungsverhältnisse zunächst im System der Existenzsicherung der Schweiz verortet und es wird aufgezeigt, inwiefern sich das Arbeiten in einem sozialhilferechtlichen Beschäftigungsverhältnis vom Arbeiten im ersten Arbeitsmarkt oder im zweiten Arbeitsmarkt unterscheidet (*Kapitel 1*). Es wird auf die heterogene Zusammensetzung der Sozialhilfeempfänger_innen eingegangen und auf soziologische Forschungen Bezug genommen, die Schlüsse dazu zulassen, wer «aktiviert» und in sozialhilferechtlichen Beschäftigungsprogrammen eingesetzt wird. Besonders betrachtet wird die Rolle der «Zumutbarkeit» in den verschiedenen Arbeitsverhältnissen. 12

Kapitel 2 erläutert die Grundsätze des Sozialhilferechts und des Rechts auf Hilfe in Notlagen (Art. 12 BV), welche notwendig sind, um den rechtlichen Rahmen, in welchem sozialhilferechtliche Beschäftigungsprogramme stattfinden, zu erfassen. Schliesslich wird in *Kapitel 3* die aktuelle Gerichts- und Verwaltungspraxis in Bezug auf das Arbeiten in sozialhilferechtlichen Beschäftigungsverhältnissen beschrieben. Wie werden die Rechte und Pflichten durch die gesetzlichen Grundlagen definiert und wie werden sie durch die Gerichte interpretiert? Welche positiven und negativen Anreize bestehen? Und was gilt aktuell als zumutbare Arbeit? Anhand von drei Programmen aus den Kantonen Bern, Uri und Waadt wird aufgezeigt, wie ein Arbeitseinsatz konkret ausgestaltet sein kann. 13

¹⁶ Siehe zur Übersicht betreffend die Grundsätze: WIZENT GUIDO, Das Recht auf Asyl-sozialhilfe: Ein kritischer Blick auf ein Sonderrecht, Schweizerische Zeitschrift für Asylrecht und -Praxis (Asyl) 1/2016, S. 3–10; sowie nunmehr ausführlich: GORDZIELIK.

¹⁷ Art. 23 des Abkommens über die Rechtsstellung der Flüchtlinge (FK) vom 28. Juli 1951, SR 0.142.30; siehe auch Art. 3 Abs. 1 Asylverordnung 2 über Finanzierungsfragen vom 11. August 1999, SR 142.312; HÄNZI, S. 60; WIZENT, S. 140.

- 14 Teil I bietet somit die Antwort auf die Frage, wie die aktuelle Praxis ausgestaltet ist. Dies bildet die notwendige Grundlage, um im Weiteren beantworten zu können, ob die Praxis völker- und verfassungskonform ist. Die Auswahl der Programme und Schwerpunkte erfolgte anhand einer umfangreichen Datenerhebung in den drei Kantonen Bern, Uri und Waadt (vgl. N 23), sodass möglichst unterschiedliche Programmtypen untersucht werden können.

B. Teil II

- 15 Teil II der Dissertation erarbeitet den normativen Rahmen des Völker- und Verfassungsrechts. Zunächst wird dazu dargelegt, welche Bedeutung die nationale und internationale Arbeits- und Sozialverfassung für die Ausgestaltung von sozialhilferechtlichen Beschäftigungsprogrammen hat (*Kapitel 4*). Diese Grundlagen dienen im Folgenden zur Herausarbeitung des konkreten Gehalts der in den Kapiteln 5–12 behandelten Normen.
- 16 Im Weiteren wird in Teil II in mehreren Einzelkapiteln die Bedeutung konkreter Normen der nationalen und internationalen Arbeitsverfassung für die Beurteilung der Zumutbarkeit einer Arbeit im sozialhilferechtlichen Kontext erarbeitet und jeweils beurteilt, ob die im Teil I dargelegte Praxis mit diesen Vorgaben vereinbar ist.

Die Normen, welche dieser umfassenden Analyse unterzogen werden, sind:

- Sozialstaatliche (Ziel-)Vorgaben der BV, insbesondere Art. 6 BV (*Kapitel 5*)
- Menschenwürde (*Kapitel 6*)
- Recht auf Existenzsicherung (*Kapitel 7*)
- Recht auf Arbeit (*Kapitel 8*)
- Verbot der Zwangs- und Pflichtarbeit (*Kapitel 9*)
- Recht auf frei gewählte Beschäftigung (*Kapitel 10*)
- Recht auf günstige und gerechte Arbeitsbedingungen (*Kapitel 11*)

Den Rechten aus den Kapiteln 6–11 ist gemeinsam, dass sie sowohl in ihrer positiven Dimension als Gewährleistungsrechte einen Einfluss auf die Ausgestaltung von Beschäftigungsprogrammen haben (können) als auch in ihrer negativen Dimension als Abwehrrechte. Wie die Abwägung zwischen Eigenverantwortung und staatlicher Unterstützung in diesem Spannungsfeld zu erfolgen hat, wird mit einer umfassenden Betrachtung der involvierten Rechte herausgearbeitet (vgl. Kapitel 4, N 493 ff. zur integrativen Auslegung).

Ein zusätzliches Kapitel wird der UN-Behindertenrechtskonvention (BRK) gewidmet (*Kapitel 12*), welche u.a. Vorschriften zur Habilitation und Rehabilitation von Personen mit einer Behinderung enthält und ein gleiches Recht auf Arbeit. Im Rahmen der Ausarbeitung und Auslegung der BRK wurde und wird (intensiv) diskutiert, ob und unter welchen Voraussetzungen (geschützte) Arbeitsplätze ausserhalb des ersten Arbeitsmarktes zulässig sind. Daraus können Parallelen zu einer menschenrechtskonformen Ausgestaltung von «Sonderarbeitswelten»¹⁸ in der Sozialhilfe gezogen werden. 17

Einer weniger eingehenden Prüfung unterzogen werden in *Kapitel 13* weitere Grund- und Menschenrechte wie die persönliche Freiheit, die Glaubens- und Gewissensfreiheit und die Meinungsäusserungsfreiheit, die in der Gerichtspraxis angerufen wurden. Diese Ausführungen werden helfen, die Frage zu beantworten, wie viel Anpassung einer Person im Sinne eines reduzierten Grundrechtsgenusses zugemutet werden darf. Gleichzeitig werden damit auch Aussagen darüber getroffen, wie viel Solidarität den Steuerzahler_innen zuzumuten ist, um die durch den Grundrechtsgenuss einzelner Personen entstandenen Kosten zu tragen.¹⁹ Haben beispielsweise die Steuerzahler_innen eine Person weiterhin finanziell zu unterstützen, die sich weigert, eine Arbeit anzunehmen, bei der ihr das Tragen der durch ein religiöses Gebot geforderten Kleidung nicht erlaubt ist?²⁰ Im *Zwischenfazit zu Teil II* werden die Fragen beantwortet, ob und welche Grenzen Verfassungs- und Völkerrecht der Beurteilung einer Arbeit als zumutbar setzen und ob sich die aktuelle Praxis innerhalb dieser Grenzen bewegt. 18

C. Teil III

Das Vorgehen in Teil I und II erlaubt es, in Teil III der dritten Frage und somit den Alternativen zur aktuellen Regulierung von sozialhilferechtlichen Beschäftigungsprogrammen nachzugehen. 19

Der Begriff der zumutbaren Arbeit ist auch im Bereich der aktivierenden Reformen, welche die Sozialversicherungen erfahren haben, ein Schlüsselbegriff. Das AVIG umschreibt «zumutbare Arbeit» gesetzlich (vgl. Art. 16 AVIG) und definiert, was als «zumutbare Arbeit» im Rahmen von arbeitsmarktlichen Massnahmen gilt 20

¹⁸ Dieser Begriff wird etwa von TRENK-HINTERBERGER und EIKÖTTER verwendet.

¹⁹ PÄRLI, Grundrechtliche Schranken, S. 261; siehe dazu auch ausführlicher: PÄRLI, Vertragsfreiheit, N 36.

²⁰ Siehe zu denselben Fragen im Sozialversicherungsrecht: RIEMER-KAFKA/LISCHER.

(vgl. Art. 64a Abs. 2–4 AVIG). Daher widmet sich *Kapitel 14* der Frage, ob Regelungen aus dem Arbeitslosenversicherungsrecht für eine analoge Anwendung auf sozialhilferechtliche Beschäftigungsprogramme geeignet sind. Diese Frage wird in Lehre und Rechtsprechung diskutiert.²¹ Vorliegend wird ein Beitrag zu dieser Diskussion geleistet und unter Bezugnahme auf die in Teil II erarbeiteten Grundlagen beurteilt, ob eine analoge Anwendung der Normen im AVIG den völker- und verfassungsrechtlichen Anforderungen gerecht würde.

- 21 Ähnliches gilt auch für die Invalidenversicherung, wobei hier insbesondere interessiert, ob sich aus dem IVG adäquate Ansätze für den Umgang mit gesundheitlich beeinträchtigten Sozialhilfeempfänger_innen ergeben können. Dies ist Gegenstand von *Kapitel 15*.

D. Teil IV

- 22 Teil IV schliesst die Arbeit ab und formuliert basierend auf der vorangehenden Untersuchung in *Kapitel 16* Handlungsempfehlungen und zeigt verbleibende Forschungslücken auf. *Kapitel 17* fasst die wichtigsten Erkenntnisse der Untersuchung zusammen.

IV. Methodische Hinweise

- 23 Diese Dissertation entstand im Rahmen des SNF-Forschungsprojekts «Arbeitsverhältnisse unter sozialhilferechtlichen Bedingungen: Rechtlicher Rahmen, Verbreitung und Regulierung(slücken)».²² Im Rahmen dieses Projekts wurde eine Umfrage unter allen kantonalen Sozialämtern zur Verbreitung und Ausgestaltung von sozialhilferechtlichen Beschäftigungsverhältnissen durchgeführt. Für die Fragestellung der Dissertation konnten dabei relevante Informationen zur aktuellen Verwaltungspraxis gewonnen werden. Darauf aufbauend wurden drei qualitative Fallstudien in den Kantonen Bern, Waadt und Uri durchgeführt, die ein möglichst grosses Spektrum kantonaler Regelungsansätze abdecken sollen. Dadurch konnten

²¹ Siehe z.B. BGE 130 I 71, E. 5.3; RIEMER-KAFKA, Hilfe in Notlagen, S. 150; WALDMANN, S. 354; COULLERY, S. 88; WOLFFERS, S. 109; WIZENT, S. 245.

²² Siehe die Webseite des Projekts: www.thirdlabourmarket.ch sowie den Schlussbericht zum Projekt von STUDER ET AL.

Informationen zur konkreten Ausgestaltung diverser Programme gewonnen und die Dreiecksbeziehung zwischen dem Sozialamt, den Sozialhilfeempfänger_innen und dem Einsatzplatz detailliert erfasst werden. Neben Leitfadeninterviews mit verantwortlichen Personen in den sozialen Diensten, Klient_innen und Programmleiter_innen wurden auch Dokumente gesichtet und analysiert.²³ Die Transkripte der Interviews²⁴ und die Dokumente standen der Autorin zur Verfügung und flossen zur Feststellung der aktuellen Praxis in die Arbeit ein.

Ebenfalls zur Feststellung der aktuellen Praxis wurde die Rechtsprechung des Bundesgerichts und insbesondere auch der kantonalen Verwaltungsgerichte²⁵ analysiert. Dabei wurden Urteile von Januar 2005 bis Dezember 2017 umfassend und früher bzw. später ergangene kantonale Rechtsprechung nur sporadisch berücksichtigt. Die Gesetzgebung aller 26 Kantone fliesst insbesondere in die Untersuchung in den Kapiteln 2 und 3 ein. Stand der Gesetzgebung ist Juli 2019. Spätere Änderungen der kantonalen Gesetze und Verordnungen wurden nicht mehr berücksichtigt. Die SKOS-RL werden in der per 1. Januar 2020 gültigen Version berücksichtigt. Die Arbeit wurde im Juli 2020 abgeschlossen. Literatur und Forschungsergebnisse, die bis November 2020 veröffentlicht wurden, wurden nach Möglichkeit für die vorliegende Publikation berücksichtigt, spätere nur noch in Ausnahmefällen.

Für die Erarbeitung des normativen Rahmens bedient sich die Arbeit der anerkannten juristischen Auslegungsmethoden. Das erlaubt, den grammatikalischen Wortlaut, die systematische Stellung einer Norm, ihre Entstehungsgeschichte sowie ihr Ziel und ihren Zweck zu ermitteln und so zu bestimmen, welchen Einfluss eine spezifische Norm auf die Bestimmung der Zumutbarkeit einer Arbeit im Kontext der sozialhilferechtlichen Beschäftigungsprogramme hat.

²³ Dieser Forschungsschritt erfolgte in enger Zusammenarbeit mit und teilweise unter Anleitung von PD Dr. Gesine Fuchs (HSLU).

²⁴ Siehe Verzeichnis der Interviews unter den Verzeichnissen. Die Interviews werden gem. diesem Verzeichnis zitiert, z.B. als Interview K1.

²⁵ 230 kantonale Urteile wurden nach einer umfassenden Online-Recherche (in der Datenbank Sozialhilferecht von Weblaw unter: [www.weblaw.ch / Competence / Editions Weblaw / Datenbanken](http://www.weblaw.ch/Competence/EditionsWeblaw/Datenbanken), besucht am 30.04.2021, sowie auf kantonalen Gerichtsseiten) als relevant klassifiziert.

Teil I:
Grundlagen und
aktuelle Praxis

Kapitel 1 Verortung von sozialhilferechtlichen Beschäftigungsverhältnissen im System der sozialen Sicherheit

I. Einleitung

Existenzsicherung erfolgt in der Schweiz wesentlich über die Erwerbsarbeit. 26
73,7 % des durchschnittlichen Bruttohaushaltseinkommens von CHF 9'917 stammten 2017 aus selbständiger oder unselbständiger Erwerbsarbeit. Einkommen aus unselbständiger Erwerbsarbeit sind dabei wesentlich wichtiger als solche aus selbständiger Erwerbsarbeit.²⁶

Renten und Sozialleistungen machen 19,8 % des durchschnittlichen Haushaltseinkommens von CHF 1'962 aus. Die Renten und Sozialleistungen setzen sich aus CHF 1'567 aus Rentenleistungen der 1. Säule (AHV/IV), 2. Säule (der beruflichen Vorsorge) und 3. Säule (gebundene Selbstvorsorge) sowie aus CHF 395 aus Sozialleistungen (Sozialhilfe, Ergänzungsleistungen) und Taggeldern (der IV, ALV, Krankentaggeldversicherung u.a.) zusammen.²⁷

Diese Leistungen sind meist mittelbar oder unmittelbar mit einer Erwerbsarbeit 28
verknüpft: Vom Einkommen aus Erwerbstätigkeit werden die Beiträge an die AHV, IV, ALV, UV²⁸ und die EO sowie für die berufliche Vorsorge nach BVG abgeführt. Nur in der 1. Säule (AHV/IV) besteht auch eine Beitragspflicht für nichterwerbstätige Personen.²⁹ Wer Sozialleistungen bezieht, die ein Erwerbsein-

²⁶ BUNDESAMT FÜR STATISTIK, Haushaltseinkommen; CHF 6'320 stammen aus einer unselbständigen Erwerbstätigkeit und CHF 984 aus einer selbständigen. Von 100 erwerbstätigen Personen sind lediglich 13 in selbständiger Stellung tätig, vgl.: BUNDESAMT FÜR STATISTIK, S. 2.

²⁷ BUNDESAMT FÜR STATISTIK, Haushaltseinkommen.

²⁸ Sofern die wöchentliche Arbeitszeit bei derselben Arbeitgeberin über acht Stunden pro Woche beträgt sowohl für Nichtberufs- als auch für Berufsunfälle, vgl. Art. 13 Abs. 1 UVV.

²⁹ Diese richtet sich nach den sozialen Verhältnissen und entsprechend nach dem Vermögen; ohne Vermögen ist gem. Art. 10 Abs. 1 AHVG ein Mindestbeitrag von CHF 392 zu entrichten.

kommen ersetzen und so zur Existenzsicherung beitragen,³⁰ trifft – mit Ausnahme von Altersleistungen – die Erwartung, sich (wieder) in den Erwerbsprozess einzugliedern. Um diese Eingliederung in die Erwerbsarbeit zu fördern, wurden im Zuge der aktivierenden Reformen des Sozialsystems die Arbeits- und Beschäftigungsprogramme geschaffen, die im Fokus dieser Arbeit stehen. Das Ausüben von Arbeit in einem Beschäftigungsprogramm kann einen (entscheidenden) Einfluss auf die Höhe der zur Verfügung stehenden Mittel zur Existenzsicherung haben, womit also auch Arbeit ausserhalb des ersten Arbeitsmarktes zur Existenzsicherung wesentlich wird.

- 29 Unter welchen rechtlichen Rahmenbedingungen werden Einkommen aus unselbstständiger (II.A) oder selbstständiger (II.B) Erwerbstätigkeit erworben und unter welchen Bedingungen besteht Anspruch auf ein sozialversicherungsrechtliches Ersatzeinkommen (III)? In welchen Fällen hat die Sozialhilfe die Existenzsicherung zu übernehmen? Und welche Erwartungen bestehen jeweils an die Ausübung einer (arbeitsmarktlichen) Aktivität? Dies wird nachfolgend skizziert. So nähern sich die Ausführungen denjenigen Personen, die in einem sozialhilferechtlichen Beschäftigungsprogramm zum Einsatz kommen. Diese stehen im Zentrum der Ausführungen und es wird u.a. geklärt, wer Sozialhilfe bezieht (IV.A), was ein sozialhilferechtliches Beschäftigungsprogramm ist (IV.B) und wer in einem solchen Programm zum Einsatz kommt (IV.C). Auch wird erläutert, wie sich solche Beschäftigungsprogramme auf das Recht auf Hilfe in Notlagen gem. Art. 12 BV und somit auf die Sicherung einer menschenwürdigen Existenz auswirken können (V).
- 30 In einem zweiten Schritt wird die Bedeutung des Begriffs der Zumutbarkeit in den vorangehend identifizierten Systemen der Existenzsicherung geklärt: von der unselbstständigen Erwerbsarbeit im ersten Arbeitsmarkt (VI.B) über die Existenzsicherung durch eine selbstständige Erwerbsarbeit (VI.C) über ein sozialversicherungsrechtliches Ersatzeinkommen (VI.D) – wo beispielsweise der Anspruch auf Unterstützung durch die ALV mit der Pflicht verbunden ist, jede Arbeit unverzüglich anzunehmen, es sei denn, sie ist gem. Art. 16 Abs. 2 AVIG unzumutbar – bis hin zum letzten sozialen Sicherungsnetz bestehend aus der Sozial- und Nothilfe (VI.E).

³⁰ Dies trifft etwa auf die Leistungen der obligatorischen Krankenpflegeversicherung nach KVG nicht zu; diese Versicherung vergütet Leistungen für Heilbehandlungen und gewährt keinen Einkommensersatz bei Krankheit. Dazu wäre eine Krankentaggeldversicherung abzuschliessen, welche jedoch nicht obligatorisch ist, vgl. Art. 67 ff. KVG.

II. Unselbständige oder selbständige Erwerbstätigkeit und der erste Arbeitsmarkt

A. Unselbständige Erwerbstätigkeit als Arbeitnehmer_in

Ein Arbeitsverhältnis zwischen Arbeitgeber_in und unselbständiger Arbeitneh- 31
mer_in ist in rechtlicher Hinsicht von der Vertragsfreiheit als Teilaspekt der Wirt-
schaftsfreiheit (Art. 27 BV) geprägt, welche den Vertragsparteien grundsätzlich
die Freiheit der Wahl der Vertragspartner_in überlässt und ihnen auch die Freiheit
überlässt, den Vertragsinhalt auszuhandeln.³¹

Dieser grundsätzlichen Freiheit sind jedoch Grenzen gesetzt: Zum einen sieht das 32
Obligationenrecht für das privatrechtliche Arbeitsverhältnis in Art. 319 ff. OR
diverse Regelungen vor, die entweder dispositiven oder zwingenden Charakter
haben. Insbesondere die absolut und relativ zwingenden Vorschriften³² verfolgen
die *ratio*, die sozial schwächere Partei (die Arbeitnehmer_innen) vor Übervor-
teilungen und «krasser Benachteiligung»³³ zu schützen.³⁴ Diese Gefahr besteht, da
definitionsgemäss in einem Arbeitsverhältnis abhängige Arbeit geleistet wird, die
im Dienste und auf Weisung der Arbeitgeber_in sowie unter Eingliederung in eine
fremde Arbeitsorganisation und damit fremdbestimmt verrichtet wird.³⁵ Um der
Gefahr der Ausbeutung vorzubeugen und diese zu bekämpfen, wurden überhaupt
erst arbeitsrechtliche Regelungen geschaffen, zunächst auf kantonaler Ebene und
schliesslich in den Bestimmungen gem. Art. 319 ff. OR. Diese Regelungen erfolg-
ten nicht zuletzt im Wissen um die eminente Wichtigkeit einer Erwerbsarbeit für
die Existenzsicherung.³⁶

³¹ PÄRLI, Vertragsfreiheit, N 638.

³² Relativ zwingend sind diejenigen Vorschriften, die nicht zuungunsten der Arbeitneh-
mer_in abgeändert werden können.

³³ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, S. 1.

³⁴ TSCHUDI H. P., Geschichte, S. 26.

³⁵ TSCHUDI H. P., Geschichte, S. 1; REHBINDER/STÖCKLI, BK, N 1 vor Art. 319 OR; PÄR-
LI, Vertragsfreiheit, N 572.

³⁶ Siehe zum Ganzen und zur Entwicklung: TSCHUDI H. P., Geschichte; in Kürze: REH-
BINDER/STÖCKLI, BK, N 3 vor Art. 319 OR.

- 33 Besonderer Ausdruck dieses Unterordnungs-, aber auch Fürsorgeverhältnis sind Art. 321d OR und Art. 328 OR: Gemäss Art. 321d OR haben Arbeitnehmer_innen Weisungen der Arbeitgeber_innen zu befolgen. Dem gegenübergestellt trifft die Arbeitgeber_in eine Fürsorgepflicht gegenüber ihren Arbeitnehmer_innen. Diese umfasst u.a. die Pflicht, die Persönlichkeit der Arbeitnehmer_innen zu schützen und zu achten, sowie die Pflicht, auf die Gesundheit der Arbeitnehmer_innen gebührend Rücksicht zu nehmen und z.B. bei Krankheit den Lohn weiter auszurichten (Art. 324a OR).
- 34 Eine besondere Einschränkung erfährt die Vertragsfreiheit durch Art. 8 Abs. 3 BV resp. deren Umsetzung durch das Gleichstellungsgesetz (GlG). Demnach ist es den Arbeitgeber_innen nicht erlaubt, bei der Lohnhöhe aufgrund des Geschlechts der Arbeitnehmer_innen zu unterscheiden. Die Bevölkerung der Kantone Neuenburg, Jura und Tessin hat zudem in jüngerer Zeit in Volksabstimmungen der Einführung von kantonalen Mindestlöhnen zugestimmt. Die Umsetzung verzögerte sich wegen bestehender Unsicherheiten darüber, ob die Kantone überhaupt befugt sind, in diesem Bereich Regeln zu erlassen. Dies wurde schliesslich vom Bundesgericht bejaht.³⁷
- 35 Zum anderen regeln das Arbeitsgesetz (ArG) und dessen Verordnungen den Gesundheitsschutz, die Arbeitszeiten, den Schutz von jugendlichen Arbeitnehmer_innen sowie von Schwangeren und Stillenden. Diese Vorschriften gelten gem. Art. 342 Abs. 1 lit. b OR im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis und können zivilgerichtlich durchgesetzt werden (Art. 342 Abs. 2 OR). Geschichtlicher Ursprung dieser Regelungen ist das eidgenössische Fabrikgesetz resp. dessen kantonale Vorläufer,³⁸ welche im Zuge der Industrialisierung zum Schutz der Volksgesundheit erlassen wurden.³⁹ Das ArG und die arbeitsvertraglichen Regelungen des OR verfolgen zusammen das Ziel, die Gesundheit und Persönlichkeit der Arbeitnehmer_innen zu schützen.⁴⁰
- 36 Den Arbeitgeber_innen und Arbeitnehmer_innen ist zudem durch Art. 28 BV die Koalitionsfreiheit gewährleistet, also das Recht, sich zum Schutz ihrer Interessen zusammenzuschliessen, Vereinigungen zu bilden und solchen beizutreten oder fernzubleiben. Dieses Recht ist auch auf internationaler Ebene mehrfach anerkannt (Art. 11 EMRK; Art. 8 UN-Pakt I; Art. 22 UN-Pakt II). Gewerkschaftlich organisierte Arbeitnehmer_innen geniessen einen erhöhten Schutz vor Kündigungen.⁴¹

³⁷ Siehe BGE 143 I 403 sowie nachfolgend N 870 ff.

³⁸ TSCHUDI H. P., Geschichte, S. 5 ff. sowie S. 35 ff.

³⁹ TSCHUDI/GEISER/WYLER, N 3.

⁴⁰ TSCHUDI H. P., Geschichte, S. 95.

⁴¹ Vgl. Art. 336 Abs. 2 lit. a OR.

Die Koalitionen der Arbeitnehmer_innen und Arbeitgeber_innen nehmen die Tarifautonomie wahr und schliessen Gesamtarbeitsverträge (GAV) ab.⁴² Mit einem GAV stellen Arbeitgeber_innen oder deren Verbände und Arbeitnehmer_innenverbände «gemeinsam Bestimmungen über Abschluss, Inhalt und Beendigung der einzelnen Arbeitsverhältnisse der beteiligten Arbeitgeber und Arbeitnehmer auf».⁴³

Die Bestimmungen des GAV gelten unmittelbar und können nicht wegbedungen werden, ausser der GAV bestimmt etwas anderes (Art. 357 Abs. 1 OR). Insbesondere der schwächeren Partei – den Arbeitnehmer_innen – wird es so erlaubt, ihre «soziale Potenz» zu steigern.⁴⁴ Viele sozialpolitische Fortschritte sind auf kollektive Regelungen zurückzuführen.⁴⁵ Ein GAV oder Teile der darin vereinbarten Arbeitsbedingungen können vom Bundesrat für allgemeinverbindlich erklärt werden. Ihr Geltungsbereich wird so auch auf Arbeitgeber_innen und Arbeitnehmer_innen ausgedehnt, die den Koalitionen nicht angehören.⁴⁶ Eine Allgemeinverbindlicherklärung ist namentlich dann möglich, wenn die tripartite Kommission nach Art. 360b OR feststellt, dass in einer Branche oder einem Beruf die orts-, berufs- oder branchenüblichen Löhne und Arbeitszeiten wiederholt in missbräuchlicher Weise unterboten werden.⁴⁷ 37

Insgesamt unterstehen etwas mehr als zwei Millionen Arbeitnehmer_innen einem GAV; davon gut eine Million einem allgemeinverbindlich erklärten.⁴⁸ Diese ca. zwei Millionen entsprechen einer Abdeckung von 50 % der Arbeitnehmer_innen, wobei ca. 40 % einem GAV unterstehen, der einen verbindlichen Mindestlohn vorsieht, was im internationalen Vergleich eher bescheiden ist,⁴⁹ dennoch wird dadurch die Vertragsfreiheit auf rund die Hälfte des Arbeitsmarktes eingeschränkt.⁵⁰

⁴² VALLENDER/HETTICH, St. Galler Kommentar, N 21 zu Art. 28 BV.

⁴³ Art. 356 Abs. 1 OR.

⁴⁴ MÜLLER/SCHEFER, S. 596.

⁴⁵ Vgl. zur «Innovationskraft» von GAV: RIEMER-KAFKA GABRIELA, Innovationskraft der GAV für die Gleichstellung und die soziale Sicherheit, ARV 2012, S. 110 ff.

⁴⁶ Art. 1 Abs. 1 AVEG.

⁴⁷ Art. 1a Abs. 1 AVEG.

⁴⁸ BUNDESAMT FÜR STATISTIK, Erhebung der Gesamtarbeitsverträge in der Schweiz 2016, Neuenburg 2018.

⁴⁹ OESCH DANIEL, Die Bedeutung von Gesamtarbeitsverträgen für die Arbeitsmarktregulierung, ARV 2012, S. 120–127, S. 122.

⁵⁰ Vgl. zur Eindämmung der Vertragsfreiheit durch kollektives Arbeitsrecht: VALLENDER/HETTICH, St. Galler Kommentar, N 22 zu Art. 28 BV.

- 38 Eine weitere Möglichkeit zur Begrenzung der Vertragsfreiheit steht den Kantonen und dem Bundesrat mit dem Erlass von Normalarbeitsverträgen (NAV) offen. Dabei handelt es sich nicht um einen Vertrag, sondern um ein Gesetz im materiellen Sinn, mit welchem privatrechtliche Normen für einzelne Arten von Arbeitsverhältnissen aufgestellt werden, die für die betroffenen Rechtsverhältnisse unmittelbar gelten.⁵¹
- 39 Notwendig ist das Institut des NAV, weil in gewissen Branchen die Arbeitnehmer_innen kaum gewerkschaftlich organisiert sind und sie dementsprechend ihre «soziale Potenz» nicht steigern können. Zudem sind einige Branchen nicht vom ArG erfasst⁵² und in bestimmten Arbeitsverhältnissen, z.B. im Hausdienst oder in der Landwirtschaft, ist die Abhängigkeit der Arbeitnehmer_innen besonders intensiv, wenn zusätzlich in einer Hausgemeinschaft gelebt wird.⁵³ Die Bestimmungen des NAV gelten nur, falls nichts anderes verabredet wird.⁵⁴ Davon ausgenommen sind NAV, die einen Mindestlohn vorsehen; diese sind relativ zwingender Natur,⁵⁵ sofern sie im Art. 360a OR vorgesehenen Verfahren erlassen wurden.
- 40 Hinzu kommt, dass, wer als Arbeitnehmer_in in einem Arbeitsverhältnis nach den Regeln des OR, eines GAV oder NAV angestellt ist, auch als Arbeitnehmer_in i.S.v. Art. 10 ATSG gilt. Diese Eigenschaft als Arbeitnehmer_in ist Anknüpfungspunkt für die Unterstellung unter mehrere Zweige des Sozialversicherungssystems;⁵⁶ so z.B. in der Unfallversicherung gem. Art. 1a Abs. 1 lit. a UVG, der ALV gem. Art. 2 Abs. 1 lit. a AVIG und der beruflichen Vorsorge gem. Art. 2 Abs. 1 BVG. Der AHV und IV sind zwar grundsätzlich alle Personen mit Wohnsitz in der Schweiz unterstellt,⁵⁷ die Eigenschaft als Bezüger_in von (massgeblichem) Lohn

⁵¹ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 3 zu Art. 359 OR.

⁵² Siehe zu den Ausnahmen vom betrieblichen Geltungsbereich: Art. 2 ArG.

⁵³ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 3 zu Art. 359 OR; in diesen zwei Gebieten sind die Kantone zum Erlass eines NAV verpflichtet, vgl. Art. 359 Abs. 2 OR.

⁵⁴ Vgl. Art. 360 Abs. 1 OR; GEISER/MÜLLER/PÄRLI, N 859; mit Kritik: STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 3 zu Art. 359 OR.

⁵⁵ Siehe N 32.

⁵⁶ Dabei gilt es zu berücksichtigen, dass das Sozialversicherungsrecht den Begriff der Arbeitnehmer_in autonom, also unabhängig von der arbeitsvertragsrechtlichen Qualifikation, bestimmt. Der sozialversicherungsrechtliche Arbeitnehmer_innenbegriff ist weiter als derjenige nach Art. 319 ff. OR und auch wer nicht Arbeitnehmer_in nach Art. 319 ff. OR ist, kann u.U. als Arbeitnehmer_in i.S. des ATSG unter den Schutz der Sozialversicherungen fallen; siehe z.B. LOCHER/GÄCHTER, § 20 N 1 ff., insbes. N 16.

⁵⁷ Vgl. Art. 1a Abs. 1 AHVG und Art. 1b IVG; es handelt sich um eine Volksversicherung, siehe z.B. BGE 131 V 97, E. 4.3.3.

gem. Art. 5 AHVG hat jedoch einen entscheidenden Einfluss auf die Beitrags- und Leistungshöhe und den Beitragsbezug, ist doch die Arbeitgeber_in zur Ablieferung der Beiträge der Arbeitnehmer_in und der Arbeitgeber_in verpflichtet (vgl. Art. 14 Abs. 1 AHVG). So kann summarisch gesagt werden, dass unselbständig erwerbende Personen den Sozialversicherungen angeschlossen werden und somit bei einem Verlust des Erwerbseinkommens aufgrund des Eintritts eines sozialen Risikos (Arbeitslosigkeit, Unfall, Invalidität, Mutterschaft, Alter)⁵⁸ zumindest für beschränkte Zeit auf ein sozialversicherungsrechtliches Ersatzeinkommen zurückgreifen können.⁵⁹

Die rechtlichen Rahmenbedingungen, unter denen in einem Arbeitsverhältnis 41 nach Art. 319 ff. OR gearbeitet wird, sind kodifiziert und Gegenstand laufender Auseinandersetzungen in Lehre und Rechtsprechung. Dasselbe kann zumindest im selben Mass für Arbeitsverhältnisse nach öffentlich-rechtlichen Anstellungsbedingungen gelten.⁶⁰ Insgesamt kann zusammengefasst werden, dass die Arbeitnehmer_innen sich mit den Arbeitsbedingungen, der Unterordnung in eine fremde Arbeitsorganisation und der damit einhergehenden Einschränkung der Autonomie einverstanden erklären, weil sie nebst dem Entgelt auch andere Leistungen wie soziale Sicherheit und nicht zuletzt Anerkennung und Selbstverwirklichung anstreben. Es kommt also nicht nur zum Austausch einer Arbeitsleistung gegen Entgelt, sondern vielmehr auch zum Austausch von Treuepflichten und einer gewissen Daseinsvorsorge.⁶¹

Zu erwähnen ist, dass sich mit dem (vermehrten) Auftreten von «neuen» Anstellungsformen und einer Verbreitung von «atypischen» Anstellungsverhältnissen gewisse Fragen aktualisieren: Dies trifft auf die Grundsatzfrage der Qualifizierung einer Arbeitsleistung als abhängige Arbeit zu, welche z.B. durch das Auftreten von Web-Applikationen als «Arbeitgeber_innen» neu gestellt wird, wo gerade umstritten ist, ob Applikationen die Arbeitgeber_inneneigenschaften erfüllen. Weitaus verbreiteter als die «App» als «Arbeitgeber_in» sind jedoch befristete Anstellungen, Teilzeitarbeit bei einer oder mehreren Arbeitgeber_innen, Arbeit im Stundenlohn und/oder Arbeit auf Abruf. Solche Arbeitsformen haben u.U. nicht unwesentliche Folgen für die soziale

⁵⁸ Siehe zum Begriff «soziales Risiko»: N 44.

⁵⁹ Zur fehlenden sozialversicherungsrechtlichen Abdeckung des Erwerbsausfalls infolge Krankheit siehe: N 47.

⁶⁰ Wobei tendenziell bei öffentlich-rechtlichen Anstellungen ein ausgedehnter Schutz vor Kündigungen besteht und der Vorrang der Verfügung vor dem Vertrag im öffentlichen Recht zu beachten ist.

⁶¹ Vgl. REHBINDER MANFRED, Arbeitsrecht als kompensatorisches Recht nach dem Menschenbild des homo reciprocans?, ARV 2012, S. 129–137, S. 135.

Sicherung, die sich etwa in verkürzten Lohnfortzahlungsansprüchen bei Krankheit und Lücken in der Altersvorsorge äussert. Insgesamt gehen solche Anstellungsverhältnisse mit einer generellen Prekarisierung der Arbeit einher, in welchen die existenzsichernde Funktion der Arbeit in Frage gestellt werden kann.⁶²

B. Selbständige Erwerbstätigkeit

- 42 Die selbständige Erwerbstätigkeit ist von einem hohen Grad an Selbstbestimmung geprägt. Es fällt jedoch nicht nur die Weisungsgebundenheit, welche die Erwerbsarbeit einer Arbeitnehmer_in in unselbständiger Stellung prägt, sondern auch die Fürsorgepflicht einer Arbeitgeber_in weg. So unterscheiden sich die Arbeitsbedingungen von selbständig Erwerbstätigen z.B. bezüglich der gearbeiteten Stunden und bezogener Ferientage von denjenigen der unselbständigen Arbeitnehmer_innen. Selbständig Erwerbende arbeiten grundsätzlich mehr⁶³ – aber sie sind gem. Erhebungen generell zufriedener.⁶⁴
- 43 Zudem bestehen Unterschiede betreffend die soziale Sicherheit: Von den Vollzeit tätigen selbständig Erwerbenden sind lediglich 25 % einer 2. Säule oder einer Säule 3a angeschlossen, um die Risiken von Alter, Tod und Invalidität über das durch die 1. Säule (AHV/IV) gewährte Niveau abzudecken.⁶⁵ In der 1. Säule sind aber auch aus dem Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit Beiträge zu entrichten (Art. 8 AHVG). Gegen Arbeitslosigkeit sind selbständig Erwerbende nicht versichert (Art. 2 AVIG *e contrario*).⁶⁶ Muss also eine Geschäftstätigkeit aufgegeben werden, weil sie unrentabel ist, steht kein sozialversicherungsrechtliches Ersatzeinkommen zur Verfügung und sofern nicht auf Vermögen zur Deckung des Lebensunterhalts zurückgegriffen werden kann, steht zur Sicherung der Existenz die Sozialhilfe zur Verfügung (vgl. nachfolgend N 63 ff.).

⁶² Vgl. SCHUWEY/KNÖPFEL, S. 106; siehe z.B.: MEIER ANNE, The New Employment Relationship. How «Atypical» Work Contracts Challenge Employment Law, Labour Law, and Social Security Systems, Zürich/St. Gallen 2014.

⁶³ BUNDESAMT FÜR STATISTIK, Selbständige, S. 6.

⁶⁴ BUNDESAMT FÜR STATISTIK, Selbständige, S. 7.

⁶⁵ BUNDESAMT FÜR STATISTIK, Selbständige, S. 6.

⁶⁶ Im Rahmen der Massnahmen zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie wurden Erwerbsausfallentschädigungen für Selbständigerwerbende geschaffen, vgl. Art. 15 Abs. 2 Bundesgesetz über die gesetzlichen Grundlagen für Verordnungen des Bundesrates zur Bewältigung der Covid-19-Epidemie vom 25. September 2020, SR 818.102.

III. Sozialversicherungsrechtliche Ersatzeinkommen und Eingliederungsmassnahmen

A. Bedeutung einer Erwerbstätigkeit für die Versicherungspflicht und Anspruchsberechtigung

Ist ein Erwerbseinkommen aufgrund des Eintritts eines durch die Sozialversicherungen abgedeckten sozialen Risikos nicht (mehr) erzielbar, bieten die Sozialversicherungen ein Ersatzeinkommen. Die sozialen Risiken werden im Allgemeinen in Anlehnung an das ILO-Übereinkommen Nr. 102 definiert und umfassen Krankheit, Arbeitslosigkeit, Alter, Arbeitsunfälle, Berufskrankheiten, Familienlasten, Mutterschaft, Invalidität und Tod einer unterhaltspflichtigen Person.⁶⁷ Zur Abdeckung dieser sozialen Risiken wurden in der Schweiz insgesamt zwölf Einzelgesetze geschaffen sowie ein Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG). Letzteres hat die Aufgabe, die ansonsten zersplittert geregelte Materie zu koordinieren und zu harmonisieren.⁶⁸ Das ATSG gilt jedoch nur insofern, als es durch die Einzelgesetze anwendbar erklärt wird.⁶⁹ 44

Die Leistungen der Sozialversicherungen folgen dem Kausalprinzip, d.h., es wird von einer bestimmten Ursache ausgegangen und (nur) der dadurch hervorgerufene Schaden abgedeckt.⁷⁰ Der Leistungsumfang der Sozialversicherungen orientiert sich am bisherigen Lebensstandard.⁷¹ Gemäss den verfassungsrechtlichen Vorgaben soll der Existenzbedarf angemessen⁷² gedeckt werden resp. ein angemessener Erwerbersatz⁷³ bezahlt werden. 45

⁶⁷ Vgl. dazu etwa statt vieler: MEYER ULRICH, Allgemeine Einführung, in: Meyer Ulrich, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band XIV, Soziale Sicherheit, 3. Aufl., Basel 2016, S. 1–91, N 39 f.; LOCHER/GÄCHTER, § 1 N 4.

⁶⁸ Vgl. Art. 1 ATSG; LOCHER/GÄCHTER, § 4 N 32.

⁶⁹ Siehe Art. 2 ATSG; dazu z.B. KIESER, N 13 ff.

⁷⁰ WOLFFERS, S. 34; siehe zur Kritik an der Unterteilung in kausale und finale Sicherungssysteme: KIESER, Sozialversicherungsrecht, § 6 N 1 f.; auch SCHALLER SCHENK, S. 187, die lediglich in Bezug auf einzelne Zweige des Sozialversicherungsrechts von einem Abgrenzungskriterium spricht.

⁷¹ WOLFFERS, S. 35.

⁷² Art. 112 Abs. 2 lit. b BV betr. AHV und IV.

⁷³ Art. 114 Abs. 2 lit. a BV betr. ALV.

- 46 Sozialversicherungsrechtliche Leistungen werden unabhängig von einem Bedarf oder einer Notlage gewährt⁷⁴ und aufgrund des Versicherungsprinzips ausgerichtet.

Eine Ausnahme stellen hier die Ergänzungsleistungen dar: Diese stehen nur denjenigen Personen zu, die einen Bedarf danach haben,⁷⁵ wobei jedoch eine parallele Leistungspflicht der AHV oder IV bestehen muss.⁷⁶

Die Sozialversicherungen nehmen eine äusserst wichtige Rolle im schweizerischen Sozialsystem ein. Damit sie diese auch erfüllen können, muss auf eine genügend grosse Solidargemeinschaft abgestellt werden können, weshalb ein Versicherungsobligatorium gilt.⁷⁷

- 47 Sozialversicherungsrechtlich abgedeckt wird u.a. der Einkommensverlust aufgrund von Arbeitslosigkeit, Invalidität und Unfall durch die ALV, die IV und die UV. Die ALV richtet zeitlich beschränkte Taggelder aus; die IV und die UV Taggelder und Renten. Eine obligatorische Sozialversicherung, die Taggelder bei Krankheit ausrichtet, gibt es hingegen nicht. Erwerbsausfälle infolge Krankheit werden durch eine zeitlich beschränkte Lohnfortzahlungspflicht der Arbeitgeber_in gem. Art. 324a OR ausgeglichen. Dabei ist es möglich, die Lohnfortzahlung abweichend zu regeln, sofern die getroffene Lösung für die Arbeitnehmer_innen gleichwertig ist (Art. 324a Abs. 4 OR). In diesem Sinne werden in der Praxis häufig Kollektiv-Krankentaggeldversicherungen abgeschlossen oder in GAV die Lohnfortzahlung abweichend geregelt.⁷⁸ Fehlt eine solche (Versicherungs-)Lösung, besteht insbesondere bei kurzen Arbeitsverhältnissen, in welchen die Lohnfortzahlungspflicht der Arbeitgeber_in nicht lange dauert, die Gefahr, dass der krankheitsbedingte Verdienstausschlag nicht ersetzt wird. Danach muss allfällig Ersparnis aufgebraucht werden und schliesslich bleibt nur der Gang zur Sozialhilfe, bis allenfalls Leistungen der IV erhältlich sind.⁷⁹

- 48 Berechtigt, Leistungen der Sozialversicherungen zu beziehen, ist, wer versichert ist und die Anspruchsvoraussetzungen erfüllt. Diese ergeben sich aus dem jeweils anwendbaren Gesetz.⁸⁰ Zum Beispiel hat nur Anspruch auf Leistungen der ALV, wer die Voraussetzungen in Art. 8 AVIG erfüllt, wozu u.a. das Erfüllen der Bei-

⁷⁴ COULLERY, S. 44.

⁷⁵ Vgl. Art. 2 Abs. 1 ELG.

⁷⁶ Vgl. Art. 4 Abs. 1 ELG.

⁷⁷ GÄCHTER, S. 54.

⁷⁸ PÄRLI/HUG/PETRIK, N 151; siehe auch zum Ganzen: DIES., N 149 ff.

⁷⁹ PÄRLI/HUG/PETRIK, N 395.

⁸⁰ GYSIN, S. 73.

tragszeit während der zweijährigen Rahmenfrist und die Vermittlungsfähigkeit gem. Art. 15 AVIG gehören. Vermittlungsfähig ist, wer «bereit, in der Lage und berechtigt ist, eine zumutbare Arbeit anzunehmen und an Eingliederungsmassnahmen teilzunehmen».

Ein Anspruch auf Leistungen der Volksversicherung IV setzt für ausländische Staatsangehörige voraus, dass sie bei Eintritt der Invalidität während mindestens eines vollen Jahres Beiträge geleistet haben oder sich ununterbrochen während zehn Jahren in der Schweiz aufgehalten haben.⁸¹ Leistungen der IV knüpfen zudem an eine Arbeitsunfähigkeit i.S.v. Art. 6 ATSG, eine Erwerbsunfähigkeit i.S.v. Art. 7 ATSG oder eine Invalidität i.S.v. Art. 8 ATSG an. Nur falls eine Erwerbseinbusse auf einen dieser Gründe zurückgeführt werden kann, ist die Leistungspflicht gegeben. 49

Als Arbeitsunfähigkeit gilt die durch eine Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit bedingte, volle oder teilweise Unfähigkeit, im bisherigen Beruf oder Aufgabenbereich zumutbare Arbeit zu leisten. Dauert die Arbeitsunfähigkeit länger, wird auch eine zumutbare Tätigkeit in einem anderen Beruf oder Aufgabenbereich berücksichtigt (Art. 6 ATSG). Die Invalidität ist eine voraussichtlich bleibende oder längere Zeit dauernde ganze oder teilweise Erwerbsunfähigkeit (Art. 8 ATSG). Die Erwerbsunfähigkeit – die definierende Element der Invalidität ist – ist der «durch Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit verursachte und nach zumutbarer Behandlung und Eingliederung verbleibende ganze oder teilweise Verlust der Erwerbsmöglichkeiten auf dem in Betracht kommenden ausgeglichenen Arbeitsmarkt» (Art. 7 Abs. 1 ATSG).

Die Anspruchsberechtigung ist in mehrfacher Hinsicht mit der Art und Weise einer Ausübung einer Erwerbstätigkeit im oben beschriebenen Sinne verknüpft: 50

- Zunächst entscheidet die Stellung als unselbständig oder selbständig erwerbstätige Person über die Bemessung der Beiträge in der 1. Säule und über die Versicherungspflicht in der ALV. In der 1. Säule zahlen unselbständige Arbeitnehmer_innen und ihre Arbeitgeber_innen einen Prozentsatz von ihrem massgebenden Lohn in die Versicherung ein. Selbständig Erwerbstätige sind alleine für die Bezahlung der Beiträge verantwortlich.
- Die Stellung als Arbeitnehmer_in gem. Art. 10 ATSG entscheidet über die Versicherungsdeckung in der ALV, der UV und der beruflichen Vorsorge.

⁸¹ Art. 6 Abs. 2 IVG; dabei gehen die (günstigeren) Vorschriften aus Staatsverträgen, insbesondere diejenigen des FZA, dieser Regelung vor, vgl. dazu: MEYER-BLASER/REICHMUTH, N 19 f. zu Art. 6 IVG.

- Die Leistungen im Fall des Eintritts des versicherten Risikos sind vom vormals versicherten Verdienst resp. vom massgebenden Lohn abhängig, den eine Person als Arbeitnehmer_in bzw. selbständig Erwerbstätige erarbeitet hat.
- Zudem zeigt sich: Die Bereitschaft, zumutbare Arbeit auszuführen oder an zumutbaren Eingliederungsmassnahmen teilzunehmen, hat in mehrerer Hinsicht Einfluss auf die Anspruchsberechtigung.

B. Aktivierung und Eingliederungsmassnahmen

1. Allgemeines

- 51 Mit der Verbreitung der aktivierenden Sozialpolitik tritt eine zusätzliche Verknüpfung zwischen Arbeit und Leistungsanspruch in den Vordergrund: Die Erwartung, sich wieder in eine (selbständige oder unselbständige) Erwerbstätigkeit zu integrieren, steigt. Um diese zu erreichen, wird auch eine Aktivität ausserhalb des ersten Arbeitsmarktes gefordert. Dies geschah etwa mit einer Kürzung von Leistungen und einer Verschärfung von Anspruchsvoraussetzungen. Insbesondere wurden auch neue Anforderungen an die Schadenminderungspflicht eingeführt oder bestehende Anforderungen verschärft. Daher rechtfertigt sich nachfolgend eine kurze Einführung in die Schadenminderungspflicht und die konkreten Ausprägungen derselben im Rahmen der aktivierenden Reformen der Arbeitslosen- und Invalidenversicherung, wobei diese beiden Versicherungen in den Kapiteln 14 und 15 vertieft werden.

2. Schadenminderungspflicht

- 52 Die Schadenminderungspflicht gilt für das ganze Sozialversicherungsrecht unbestrittenermassen als Rechtsgrundsatz.⁸² Die Schadenminderungspflicht ist auch dann zu beachten, wenn sie nicht im geschriebenen Gesetzesrecht festgehalten ist,⁸³ dies zumindest immer dann, wenn der Eintritt des Risikos oder das Andauern des Folgezustands durch das Verhalten der versicherten Person beeinflusst werden kann. Dies gilt insbesondere in der ALV und in den Bereichen, in denen ein Ge-

⁸² RIEMER-KAFKA, S. 57; KIESER, Sozialversicherungsrecht, § 7 N 7; LOCHER, S. 407; WEHRLI, N 63; RÜEDI, S. 32; BRUNNER, S. 69; siehe auch aus der Rechtsprechung bereits BGE 105 V 176, E. 2.

⁸³ RIEMER-KAFKA, S. 53, 57.

sundheitsschaden die Leistungspflicht der Versicherung auslöst.⁸⁴ Es wird im Sinne der Schadenminderungspflicht einer versicherten Person zugemutet, alles zu unternehmen, was eine vernünftige Person in derselben Situation tun würde, wenn sie keine Versicherungsleistungen erwarten könnte.⁸⁵ Das Ziel ist, die Kosten möglichst gering zu halten. Die Anforderungen an die Schadenminderungspflicht sind dort strenger, wo eine erhöhte Inanspruchnahme von Leistungen infrage steht, und entsprechend besonders hoch, falls das Ausbleiben der schadenmindernden Vorkehren eine Rentenleistung auslösen würde.⁸⁶

Verschiedene Autoren sprechen von der Schadenminderungslast,⁸⁷ da es sich bei der Schadenminderung nicht um eine Rechtspflicht handle, sondern um eine Obliegenheit. Denn die Verletzung der Lasten der Schadenminderung führe nicht zu einer zwingenden Durchsetzung der Pflicht, z.B. mittels Strafandrohung,⁸⁸ sondern zu Rechtsnachteilen in Form von Leistungskürzungen oder anderen Sanktionen.⁸⁹ Die Schadenminderungspflicht ist auch in den Worten des Bundesgerichts «eine Last, welche der Versicherte auf sich zu nehmen hat, soll sein Leistungsanspruch (...) gewahrt bleiben».⁹⁰ Hier wird jedoch der Auffassung von MAURER gefolgt und von einer Pflicht gesprochen. Die Nichterfüllung der Schadenminderungspflicht führt zu (mittelbaren) Rechtsfolgen, wie z.B. die Verweigerung einer Rente. Dadurch werden die Möglichkeiten zur Existenzsicherung wesentlich berührt. Die Verpflichtung, alles Zumutbare z.B. zur Verbesserung der Erwerbsfähigkeit zu unternehmen, ist nicht nur ein Wunsch der Gesetzgeberin, sondern eine Pflicht.⁹¹ Auch die jüngere Rechtsprechung des BGer zur «Eingliederungspflicht» in der IV lässt kaum einen anderen Schluss zu.⁹²

⁸⁴ LOCHER/GÄCHTER, § 41 N 27 mit generellem Hinweis auf RIEMER-KAFKA, S. 3 ff., 169 ff.

⁸⁵ BGE 140 V 267, E. 5.2.1; BGE 133 V 504, E. 4.2; RÜEDI, S. 34; SCARTAZZINI/HÜRZELER, § 8 N 24; auch bereits: LOCHER, S. 409.

⁸⁶ BGE 113 V 22, E. 4d.

⁸⁷ Vgl. z.B. GÄCHTER; LOCHER/GÄCHTER; SCARTAZZINI/HÜRZELER; HÜRZELER; siehe dazu auch: MOSIMANN, S. 724.

⁸⁸ BGE 113 V 22, E. 4a.

⁸⁹ HÜRZELER, S. 172; auch KIESER, N 86; RÜEDI, S. 32, obwohl diese zwei Autoren den Begriff «Schadenminderungspflicht» verwenden.

⁹⁰ BGE 113 V 22, E. 4a; Urteil BGer I 626/03 v. 30.04.2003, E. 8.1; für einen Überblick über die Positionen in der Lehre siehe DESPLAND, S. 43 f.

⁹¹ MAURER, S. 234.

⁹² BGE 145 V 2, E. 4.2.4; siehe zudem: BGE 142 I 1, E. 7.2.5, wo im Bereich der Sozialhilfe in Betracht gezogen wird, die Minderungspflichten mit einer Strafandrohung zu verbinden, siehe dazu: N 316.

- 53 An sich wäre dieser Grundsatz entsprechend seiner umfassenden Geltung in das ATSG aufzunehmen gewesen, was jedoch nicht durchgehend erfolgte.⁹³ Mit Art. 21 Abs. 4 ATSG wird für den Bereich der (mangelnden) Selbsteingliederung und der Widersetzlichkeit gegen Eingliederungsmassnahmen oder Behandlungen zumindest ein Teilaspekt der Schadenminderungspflicht festgehalten.⁹⁴ Die Schadenminderungspflicht gem. Art. 21 Abs. 4 ATSG erfasst nur Sachverhalte, die im Anschluss an den Eintritt des Versicherungsfalls eintreten.⁹⁵ Jedoch geht die Schadenminderungspflicht praxisgemäss – und in einzelgesetzlichen Regeln – über das, was in Art. 21 Abs. 4 ATSG normiert ist, hinaus. Es besteht auch eine Schadenverhütungspflicht, wonach alles (Zumutbare) zu unternehmen ist, um eine Leistungspflicht gar nicht erst entstehen zu lassen.⁹⁶
- 54 Sofern Art. 21 ATSG nicht anwendbar ist – sei es, weil der Teilbereich nicht von Art. 21 ATSG erfasst ist oder weil ein Versicherungszweig spezifische Normen aufstellt –, ist auf die Einzelgesetze und die Rechtsprechung zurückzugreifen. Dies gilt insbesondere für die ALV, wo Art. 21 ATSG gesamthaft nicht anwendbar ist.⁹⁷ Im IVG wird Art. 21 Abs. 4 ATSG durch die Art. 7–7b IVG bereichsspezifisch ergänzt.⁹⁸
- 55 Die Einführung der aktivierenden Elemente im Sozialhilfesystem führt generell zu einer höheren Gewichtung der Selbstverantwortung der Einzelnen. Die Anrufung der Selbstverantwortung in Form der Schadenminderungspflicht ist geradezu typisch für den aktivierenden Sozialstaat und erfolgt in diesem Zusammenhang auch, wenn das Sozialsystem als solches in Frage gestellt wird.⁹⁹ So wurde die vermehrte Berufung auf die Schadenminderungspflicht auch als eine Mode bezeich-

⁹³ KIESER, Sozialversicherungsrecht, § 7 N 7; DESPLAND, S. 43.

⁹⁴ MEYER-BLASER, Das Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) und das Schicksal der allgemeinen Rechtsgrundsätze des Sozialversicherungsrechts (2002), in: Gächter Thomas (Hrsg.), Ulrich Meyer, Ausgewählte Schriften, Zürich 2013, S. 191–220, S. 215; BGE 133 V 511, E. 4.2.

⁹⁵ KIESER, N 98 zu Art. 21 ATSG.

⁹⁶ Dazu ausführlich: RIEMER-KAFKA, insbes. S. 5: «Die Schadensverhütung verdient all unsere Aufmerksamkeit (...).»

⁹⁷ Art. 1 Abs. 2 AVIG.

⁹⁸ MEYER-BLASER/REICHMUTH, N 1 zu Art. 7–7b IVG; da im IVG nicht ausdrücklich festgehalten wird, dass von Art. 21 Abs. 4 ATSG abgewichen wird, hält PÄRLI, Wirksamkeit, N 101, eine Reduktion des Inhalts von Art. 21 Abs. 4 ATSG für unzulässig.

⁹⁹ WEHRLI, N 70.

net und kritisiert, dass die (ausufernde) Interpretation dieser allseits anerkannten Pflicht in einer Aushöhlung des Sozialstaats münde.¹⁰⁰

Auf der anderen Seite wurden die gesteigerten Anforderungen an die Schadenmin- 56
derungspflicht mit Moral-Hazard-Theorien verteidigt: Das Bestehen von Sozial-
versicherungsleistungen bei Stellenverlust oder Erwerbsunfähigkeit setze an sich
falsche Anreize und verleite zum nicht selbstverantwortlichen Verhalten;¹⁰¹ also
etwa dazu, länger krank oder arbeitslos zu bleiben.¹⁰²

3. Arbeitslosenversicherung

Die Stärkung der Schadenminderungspflicht zeigt sich besonders deutlich im Ar- 57
beitslosenversicherungsrecht, wo die Aktivierungspolitik konsequent umgesetzt
wurde:

- Zunächst wurden die Anforderungen an die Schadenminderungspflicht in der ALV per 1. Januar 1996 durch eine Verschärfung der Definition von zumutbarer Arbeit in Art. 16 AVIG erhöht.¹⁰³ Wird die Pflicht zur Annahme einer zumutbaren Arbeit verletzt, können die Taggelder für eine bestimmte Dauer eingestellt werden (Art. 30 Abs. 1 lit. d AVIG), wobei die Sanktionsdauer gleichzeitig erhöht wurde.¹⁰⁴ Bei wiederholtem Ablehnen zumutbarer Arbeit wird die Vermittlungsfähigkeit und somit die Anspruchsberechtigung dauerhaft verneint, da nur Anspruch auf die Leistungen hat, wer bereit, in der Lage und berechtigt ist, eine zumutbare Arbeit anzunehmen.
- Im Zuge der 3. AVIG-Revision wurden per 1. Juli 2003 die Anspruchsvoraussetzungen geändert, so dass nunmehr auch vorausgesetzt wird, dass an Eingliederungsmassnahmen teilgenommen wird.¹⁰⁵ Unter den Begriff «Eingliederungsmassnahmen» fallen sämtliche Massnahmen, die der möglichst ra-

¹⁰⁰ DUC JEAN LOUIS, Les dérives de l'obligation de diminuer le dommage, SZS 3/2011, S. 244–264, S. 244.

¹⁰¹ Z.B. RIEMER-KAFKA GABRIELA, Moral Hazard und Selbstverantwortung, SZS 3/2006, S. 190–207, S. 192 f.; siehe auch Hinweise bei PÄRLI, Aktivierung, S. 294.

¹⁰² Siehe auch: PÄRLI/HUG/PETRIK, N 1051.

¹⁰³ Mit der zweiten AVIG-Revision, vgl. Botschaft 2. AVIG-Revision, BBl 1994 I 342, in Kraft getreten per 01.01.1996; siehe ausführlich zur Entstehungsgeschichte: Kapitel 14, N 1086 ff.

¹⁰⁴ Botschaft 2. AVIG-Revision, BBl 1994 360.

¹⁰⁵ Eingefügt mit der dritten AVIG-Revision, vgl. Botschaft 3. AVIG-Revision, BBl 2001 2280, in Kraft getreten per 01.07.2003.

schen Rückführung in den Arbeitsmarkt dienen.¹⁰⁶ In diesem Zusammenhang erlangen die arbeitsmarktlichen Massnahmen besondere Bedeutung. Zu diesen gehören auch die Beschäftigungsmassnahmen, wie z.B. die Programme zur vorübergehenden Beschäftigung (Art. 64a AVIG). Zudem wurden auch «spezielle Massnahmen», wie etwa der Einarbeitungszuschuss (Art. 65 f. AVIG), geschaffen.

- Die Zumutbarkeit einer arbeitsmarktlichen Massnahme wird in Abweichung von Art. 16 AVIG strenger beurteilt und wer nicht an einer Massnahme teilnimmt, sieht sich ebenfalls Leistungseinstellungen und evtl. dem Verlust der Anspruchsvoraussetzung ausgesetzt.
- Gleichzeitig wurden die Leistungen der ALV generell gekürzt,¹⁰⁷ wozu die Botschaft des Bundesrats festhielt: «Eine Verkürzung der Bezugsdauer verstärkt den Druck auf die Stellensuchenden, die Arbeitssuche zu intensivieren (...). Zudem zwingt sie Stellensuchende, früher an einer arbeitsmarktlichen Massnahme teilzunehmen.»¹⁰⁸
- Daneben besteht auch seit jeher eine Schadenverhütungspflicht: Wer eine zumutbare Arbeitsstelle verlässt und in der Folge arbeitslos wird, gilt als selbstverschuldet arbeitslos und hat ebenfalls mit einer Einstellung von Taggeldleistungen zu rechnen (Art. 30 Abs. 1 lit. a AVIG i.V.m. Art. 44 AVIV).¹⁰⁹

4. Invalidenversicherung

58 Ähnliche Entwicklungen können in der Invalidenversicherung beobachtet werden:

- Generell wird die (renten-)leistungsauslösende Invalidität aus einer wirtschaftlichen Sicht beurteilt: Nur Gesundheitsschäden, die kausal dazu führen, dass die Arbeitskraft (gar) nicht mehr auf dem Arbeitsmarkt verwertet werden kann, sind invalidisierend und lösen Leistungen der Invalidenversicherung aus.
- Diesen Kausalzusammenhang zu unterbrechen, ist das Hauptziel der Eingliederungsmassnahmen der Invalidenversicherung.¹¹⁰ Im Sinne der Schadenmin-

¹⁰⁶ LOCHER/GÄCHTER, § 16 N 20.

¹⁰⁷ Revision von Art. 27 AVIG mit der dritten AVIG-Revision, vgl. Botschaft 3. AVIG-Revision, BBl 2001 2283, in Kraft getreten per 01.07.2003; insbesondere für ältere Arbeitslose ab dem 55. Altersjahr erfolgte keine Leistungskürzung.

¹⁰⁸ Botschaft 3. AVIG-Revision, BBl 2001 2271.

¹⁰⁹ Gem. RIEMER-KAFKA, S. 462, ist die Einstellung «ein Fortschritt» gegenüber dem früheren Recht, wo bei schuldhaftem Verhalten gar keine Leistungen erbracht wurden.

¹¹⁰ PREVITALI, S. 653.

derung besteht entsprechend eine Pflicht zur aktiven Teilnahme an zumutbaren Massnahmen, die der Erhaltung des bestehenden Arbeitsplatzes, der Eingliederung ins Erwerbsleben oder in einen dem Erwerbsleben gleichgestellten Aufgabenbereich dienen (Art. 7 Abs. 2 IVG).

- Zu diesen Massnahmen, die unter Androhung des Verlusts der Leistungsberichtigung akzeptiert werden müssen (Art. 7b IVG), gehören die Eingliederungsmassnahmen beruflicher Art gem. Art. 15–18a IVG. Diese haben im Rahmen der 5. IV-Revision zusammen mit einer generellen Stärkung der Schadenminderungspflicht resp. der Schwächung der Zumutbarkeitsschranken umfassende Änderungen und Erweiterungen erfahren: Gemäss Art. 7a IVG sind nur Massnahmen unzumutbar, die dem Gesundheitszustand der betroffenen Person nicht angemessen sind.
- Mit der 6. IV-Revision wurden diese Massnahmen revidiert, um nebst dem Grundgedanken «Eingliederung vor Rente» auch dem mit Art. 8a IVG neu eingeführten Grundgedanken «Eingliederung aus Rente» gerecht zu werden. Gemäss letzterem werden bestehende Rentenansprüche «eingliederungsorientiert» angepasst,¹¹¹ mit dem Ziel, die bestehende Zahl von Renten zu vermindern.¹¹²

PÄRLI/HUG/PETRIK argumentieren, diese rekommodifizierenden Entwicklungen führten dazu, dass sich auch Kranke oder Invalide «nicht in der Sicherheit wähnen (dürfen sollen), dass sie aufgrund ihrer gesundheitlichen Beeinträchtigung ihren Lebensstandard oder doch mind. die minimale Existenz gesichert hätten».¹¹³ Anstatt Rentenleistungen würden nunmehr öfters zeitlich beschränkte finanzielle Unterstützungen ausgerichtet, die darüber hinaus an die Verpflichtung gekoppelt seien, sich trotz Gesundheitsbelastungen in den Arbeitsmarkt zu reintegrieren.¹¹⁴

5. Abweichungen vom Arbeitsvertragsrecht

Die arbeitsmarktlichen Massnahmen resp. Eingliederungsmassnahmen beruflicher Art beinhalten eine Verpflichtung zu einer Arbeitsleistung. Es zeigt sich dabei, dass im durch diese sozialversicherungsrechtlichen Massnahmen geschaffenen

¹¹¹ KIESER UELI, Eingliederung aus Rente – Entwicklungen im Rahmen der 6. IV-Revision, HAVE 3/2011, S. 304–307, S. 304.

¹¹² BGE 145 V 2, E. 4.2.3.2, m.H.a. Entstehungsgeschichte und wo grundsätzlich festgehalten wird, dass eine Pflicht zur «Eingliederung aus Rente» besteht.

¹¹³ PÄRLI/HUG/PETRIK, N 1068.

¹¹⁴ PÄRLI/HUG/PETRIK, N 1068.

zweiten Arbeitsmarkt diverse Parameter dessen, was Arbeit im ersten Arbeitsmarkt ausmacht, geändert werden.

- 60 Diese Veränderung kann in Abweichungen vom synallagmatischen Pflichtenprogramm der Vertragsparteien im Vergleich zu einem «klassischen» Arbeitsverhältnis bestehen. So wird z.B. beim Einarbeitungszuschuss die vertragliche Hauptpflicht der Arbeitgeber_in zur Leistung von Lohn zum Teil der involvierten Sozialversicherung überlassen. Besonders anschaulich sind die Abweichungen von Art. 319 ff. OR beim Arbeitsversuch nach Art. 18a IVG dargestellt: Art. 18a Abs. 3 IVG hält fest, dass durch einen Arbeitsversuch kein Arbeitsverhältnis nach OR entsteht, erklärt aber gleichzeitig mehrere Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechts doch für anwendbar.¹¹⁵
- 61 Nebst diesen Abweichungen im Pflichtenprogramm der Parteien sind nicht unwesentliche Folgen für die soziale Sicherheit der in diesen Massnahmen Beschäftigten zu beobachten. So gehört beispielsweise der Verdienst, der von gewissen arbeitsmarktlichen Massnahmen der ALV herrührt, nicht zum versicherten Verdienst gem. AVIG,¹¹⁶ jedoch zum massgebenden Lohn gem. Art. 5 AHVG.¹¹⁷ Zudem ist erneut hervorzuheben, dass Leistungskürzungen oder Leistungseinstellungen drohen, wenn eine Person nicht an einer solchen Massnahme teilnimmt.
- 62 Somit können insgesamt vier wesentliche Bereiche erkannt werden, in welchen sich das Arbeiten im zweiten Arbeitsmarkt von demjenigen im ersten Arbeitsmarkt unterscheidet:
- Die Entscheidungsfreiheit der Versicherten, am zweiten Arbeitsmarkt teilzunehmen, ist aufgrund drohender finanzieller Konsequenzen gegenüber dem ersten Arbeitsmarkt eingeschränkt. Eine eigentliche Wahlfreiheit, ob und an welcher Massnahme teilgenommen wird, besteht nicht.
 - Es handelt sich nicht mehr um ein Verhältnis zwischen zwei, sondern um eines zwischen drei Akteuren: nebst der Arbeitnehmer_in und der Arbeitgeber_in spielt auch der Staat in Form des Versicherungsträgers eine wichtige Rolle, sodass ein Dreiecksverhältnis entsteht.

¹¹⁵ Siehe dazu ausführlicher: Kapitel 15, N 1226 ff.

¹¹⁶ Art. 23 Abs. 3^{bis} AVIG; vgl. dazu etwa die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zu den Genfer «Emplois de Solidarité»: Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-266/2014 vom 21.12.2015 oder auch BGE 139 V 212.

¹¹⁷ Wegleitung über den massgebenden Lohn (WML) in der AHV, IV und EO (Stand 01.01.2020), <<https://sozialversicherungen.admin.ch/de/d/6944>>, besucht am 30.04.2021, N 2098.

- Die Rechte und Pflichten bei der Teilnahme an einer Massnahme sind mitunter in wesentlichen Aspekten, wie demjenigen der Lohnzahlungspflicht, anders geregelt als im ersten Arbeitsmarkt.
- Arbeiten im zweiten Arbeitsmarkt hat eine andere Bedeutung für die soziale Sicherheit der Arbeiter_innen als das Arbeiten im ersten Arbeitsmarkt.

Darüber hinaus bestimmen die Aktivitäten in Eingliederungsmassnahmen mit, welche Arbeitsbedingungen in der Schweiz akzeptiert resp. akzeptabel sind. Die Existenz solcher Programme kann zu einer Disziplinierung der Arbeitskräfte im ersten Arbeitsmarkt führen und beispielsweise wird die Gesundheit vermehrt auch als eine Frage des Willens beurteilt.¹¹⁸ Ein Stellenverlust wird (um jeden) Preis vermieden, weil man befürchtet, ansonsten in einem Programm eingesetzt zu werden, welches überhaupt nicht Rücksicht nimmt auf die eigenen Vorlieben.

IV. Sozialhilfe und sozialhilferechtliche Beschäftigungsverhältnisse

A. Wer bezieht Sozialhilfe?

1. Personen, die unter der Armutsgrenze leben

Von der Sozialhilfe unterstützt werden grundsätzlich jene Personen, die ihre Existenz nicht, nicht ausreichend oder nicht rechtzeitig durch ein Erwerbseinkommen, ein sozialversicherungsrechtliches Ersatzeinkommen, Vermögen oder Mittel Dritter (z.B. Alimente) decken können. Dies betraf im Jahr 2019 3,2 % der Bevölkerung oder 271'400 Personen.¹¹⁹ 63

¹¹⁸ PÄRLI/HUG/PETRIK, N 1069.

¹¹⁹ BUNDESAMT FÜR STATISTIK, Sozialhilfebeziehende im Jahr 2019, Sozialhilfequote bleibt im Jahr 2019 stabil bei 3,2 %, Medienmitteilung vom 22.12.2020, <<https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/soziale-sicherheit/sozialhilfe.assetdetail.15001960.html>>, besucht am 30.04.2021.

- 64 Die Sozialhilfe sichert keinen angestammten Lebensstil, sondern ein menschliches Existenzminimum,¹²⁰ leistungsauslösend ist nicht eine bestimmte Ursache (z.B. Arbeitslosigkeit, Invalidität, Alter), sondern die Tatsache, dass die verfügbaren Mittel nicht zum Leben oberhalb der Armutsgr Grenze ausreichen. Wer unterhalb der Armutsgr Grenze lebt, gilt als bedürftig im sozialhilferechtlichen Sinn und kann dementsprechend um Leistungen der Sozialhilfe nachsuchen.¹²¹ Die Armutsgr Grenze wird dabei insbesondere vom Bundesamt für Statistik in Anlehnung an die Richtlinien der Schweizerischen Konferenz für Sozialhilfe (SKOS) definiert und als offizielle Armutsgr Grenze verwendet.¹²² Unterhalb der Armutsgr Grenze leben demgemäss Personen, deren finanzielle Mittel es nicht erlauben, einen standardisiert festgelegten Grundbedarf für den Lebensunterhalt (CHF 997 für eine Einzelperson)¹²³ und die Ausgaben für die Wohnkosten zu decken, und die danach nicht noch CHF 100 zur freien Verfügung haben.¹²⁴ Im Jahr 2019 betrug die so ermittelte Armutsgr Grenze durchschnittlich CHF 2'279 für eine Einzelperson und CHF 3'976 für einen Haushalt mit zwei Erwachsenen und zwei Kindern unter 14 Jahren.¹²⁵

Zu Recht wird darauf hingewiesen, dass die in jüngerer Zeit wachsenden Widerstände gegen die Richtlinien der SKOS¹²⁶ und die zunehmende Politisierung der Festlegung des sozialhilferechtlichen Grundbedarfs¹²⁷ bei dieser Betrachtung von Armut kritisch zu berücksichtigen seien.¹²⁸ Ein Leben, das soziale Teilhabe garantiert und keine materiel-

¹²⁰ SUTER, N 77.

¹²¹ Vgl. auch SUTER, N 92.

¹²² BUNDESAMT FÜR STATISTIK, Armut, S. 11, 17.

¹²³ Die SKOS-RL empfehlen seit 01.01.2020 einen teuerungsbedingt angepassten Grundbedarf für den Lebensunterhalt von CHF 997, siehe SKOS-RL, B.2.2.; noch bis Ende 2019 lag die Empfehlung bei CHF 989; WIZENT, Sozialhilferecht, N 480.

¹²⁴ BUNDESAMT FÜR STATISTIK, Armut, S. 17.

¹²⁵ BUNDESAMT FÜR STATISTIK, Armut, www.bfs.admin.ch (Statistiken finden / Wirtschaftliche und soziale Situation der Bevölkerung / Soziale Situation, Wohlbefinden und Armut / Armut und materielle Entbehrung / Armut), besucht am 30.04.2021.

¹²⁶ So wurde etwa im Kanton Bern eine Kürzung um teilweise mehr als 10 % des Grundbedarfs vom Parlament beschlossen, was jedoch in einer Referendumsabstimmung von der Bevölkerung im Mai 2019 abgelehnt wurde; im Kanton Basel-Landschaft hat die Regierung einen Vorschlag mit einem Stufenmodell vorgestellt, wobei die «Grundstufe» einen um 30 % tieferen GBL vorsieht; der Kanton Luzern sieht für Personen, die nicht mindestens eineinhalb Jahre gearbeitet haben, einen Grundbedarf vor, der lediglich 85 % des regulären Ansatzes beträgt, vgl. § 9 Abs. 1 SHV/LU; kritisch auch: WIZENT, Sozialhilferecht, N 481.

¹²⁷ Siehe dazu ausführlich: HEUSSER; WIZENT, Sozialhilferecht, N 472 ff.

¹²⁸ Ähnlich: SUTER, N 92.

len Entbehrungen bedingt, wird nicht aufgrund einer Senkung des Grundbedarfs gem. den SKOS-Richtlinien mit weniger finanziellen Mitteln möglich; ebenso wenig führt eine Senkung des Grundbedarfs zur Beendigung von Armut.¹²⁹

Die (juristische) Lehre bedient sich ebenfalls dieses Armutskonzepts,¹³⁰ womit sich sagen lässt, dass Menschen, die in diesem Sinn als «arm» gelten, Sozialhilfe beziehen könnten. Nicht jede Person, die unter dieser Grenze lebt, sucht auch tatsächlich um Leistungen der Sozialhilfe nach: Die Sozialhilfestatistik und die Armutsstatistik sind nicht deckungsgleich. So wurde 2019 von einer Armutsquote von 8,7 % ausgegangen,¹³¹ während die Sozialhilfequote weniger als halb so hoch war.¹³² 65

Die Sozialhilfe ist explizit subsidiär zu anderen Quellen der Existenzsicherung. Aber aufgrund der unterschiedlichen Aufgaben und Wirkungsbereiche der Sozialversicherungen und der Sozialhilfe wird die Sozialhilfe auch bei der bestmöglichen Ausgestaltung der Sozialversicherungen nicht überflüssig werden.¹³³ Neu auftretende Risiken und deren (soziale) Folgen sind nicht durch die Sozialversicherungen gedeckt.¹³⁴ 66

Die Wechselwirkung zwischen der Ausgestaltung der Deckung der Sozialversicherungen und der Sozialhilfe konnte auch jüngst in der Debatte zur Schaffung von Überbrückungsleistungen von älteren Arbeitslosen beobachtet werden. Aufgrund der Zunahme von älteren Arbeitslosen, denen es nicht gelingt, vor der Aussteuerung eine neue Anstellung zu finden, und die in der Folge auf Sozialhilfe angewiesen sind, wurde eine Art «Ergänzungsleistung» für Ausgesteuerte ab 60 Jahren geschaffen.¹³⁵

¹²⁹ Siehe für eine wissenschaftliche Betrachtung der (notwendigen) Höhe des Grundbedarfs nunmehr: STUTZ ET AL.

¹³⁰ SUTER, N 92; WIZENT, S. 159; HÄNZI, S. 8.

¹³¹ BUNDESAMT FÜR STATISTIK, Armut und materielle Entbehrung, www.bfs.admin.ch (Statistiken finden / Wirtschaftliche und soziale Situation der Bevölkerung / Soziale Situation, Wohlbefinden und Armut / Armut und materielle Entbehrung), besucht am 30.04.2021.

¹³² Zum Nichtbezug von Sozialhilfe siehe etwa: LUCAS BARBARA ET AL., Le non-recours aux prestations sociales à Genève, Rapport de recherche, Haute Ecole de Travail Social et Haute Ecole de Santé (HES-SO), Genf 2019; HÜMBELIN OLIVER, Non-Take-Up of Social Assistance: Regional Differences and the Role of Social Norms, *Swiss Journal of Sociology* 45 (1) 2019, S. 7–33.

¹³³ WOLFFERS, S. 35; GYSIN, S. 78.

¹³⁴ WOLFFERS, S. 35.

¹³⁵ Siehe zum Ganzen: Botschaft vom 30. Oktober 2019 zum Bundesgesetz über Überbrückungsleistungen für ältere Arbeitslose, BBl 2019 8251; AB 2020 N 1182; AB 2020 S 627.

2. Heterogene Anspruchsberechtigte

- 67 Die Gründe für Armut und Sozialhilfebezug sind vielfältig, was sich auch in der heterogenen Zusammensetzung der Sozialhilfebezüger_innen zeigt:
- Rund ein Drittel der Personen, die Sozialhilfe beziehen, sind Kinder und Jugendliche unter 18 Jahren.¹³⁶
 - 27,9 % der Sozialhilfeempfänger_innen, zwischen 15 und 64 Jahren, sind erwerbstätig, davon 19,9 % Vollzeit und 80,1 % Teilzeit.¹³⁷ Dies zeigt, dass ein Erwerbseinkommen aus dem ersten Arbeitsmarkt nicht in jedem Fall existenzsichernd ist und nicht zwingend vor Armut schützt. Personen, die trotz Erwerbstätigkeit unterhalb der Armutsgrenze leben und also ihre Existenz nicht durch Erwerbstätigkeit sichern können, werden als «Working Poor» bezeichnet. Dieses Phänomen wird tendenziell unterschätzt und es ist davon auszugehen, dass in der Schweiz rund eine halbe Million Menschen davon betroffen ist.¹³⁸
 - 36,5 % der Sozialhilfeempfänger_innen, die über 18-jährig sind, werden als «Nichterwerbspersonen» in der Statistik geführt.¹³⁹ Als Nichterwerbspersonen gelten etwa Personen, die aus gesundheitlichen, familiären oder sozialen Gründen nicht in der Lage sind, eine Erwerbsarbeit weiterzuführen oder neu aufzunehmen.¹⁴⁰
 - 35,7 % der Sozialhilfeempfänger_innen über 18 sind erwerbslos.¹⁴¹

¹³⁶ BUNDESAMT FÜR STATISTIK, Erste umfassende Ergebnisse: Wirtschaftliche Sozialhilfe, Sozialhilfe im Flüchtlings- und Asylbereich, Sozialhilfebeziehende in der Schweiz 2016, BFS Aktuell, www.bfs.admin.ch (Statistik finden / Soziale Sicherheit / Sozialhilfe / Sozialhilfebeziehende / Asylbereich / Publikationen), besucht am 30.04.2021, Neuenburg Dezember 2017, S. 3.

¹³⁷ BUNDESAMT FÜR STATISTIK, Sozialhilfebeziehende.

¹³⁸ MÄDER UELI, Working-Poor in der Schweiz: Wege aus der Abhängigkeit, in: Scherschel Karin/Streckeisen Peter/Krenn Manfred (Hrsg.), Neue Prekarität: die Folgen aktivierender Arbeitsmarktpolitik – europäische Länder im Vergleich, Frankfurt a.M. 2012, S. 199–213, S. 199.

¹³⁹ BUNDESAMT FÜR STATISTIK, Sozialhilfebeziehende.

¹⁴⁰ SCHWEIZERISCHE KONFERENZ FÜR SOZIALHILFE, Arbeit dank Bildung, S. 2; BEYELER/SALZGEBER/SCHUWEY, S. 33; BUNDESAMT FÜR STATISTIK, S. 27.

¹⁴¹ BUNDESAMT FÜR STATISTIK, Sozialhilfebeziehende.

Es können gewisse Faktoren benannt werden, die das Armutsrisiko erhöhen. Dazu gehören:

- fehlende (Anerkennung von) Arbeitsmarktqualifikationen, ist doch der Anteil von Personen ohne Berufsbildung unter den Sozialhilfebeziehenden rund viermal höher als in der ständigen Wohnbevölkerung.¹⁴²
- Erziehungspflichten, die alleine ausgeübt werden, führen insbesondere zu einem höheren Armutsrisiko für (alleinerziehende) Mütter;¹⁴³
- (Langzeit-)Arbeitslosigkeit kann aufgrund der nur während einer beschränkten Anzahl Tage ausgerichteten Taggelder der ALV in die Armut und zum Sozialhilfebezug führen. Dadurch widerspiegeln sich strukturelle Probleme des Arbeitsmarkts in der Sozialhilfe. So stieg die Sozialhilfequote von 50–64-jährigen Personen zwischen 2011 und 2017 von 2,5 % auf 3,2 %¹⁴⁴ bei fast unveränderter Sozialhilfequote der Gesamtbevölkerung. 59 % der Personen, die in diesem Alter ihre Arbeitsstelle verlieren, finden innerhalb eines Jahres keine neue Stelle, was das Risiko erhöht, (später) auf Sozialhilfeleistungen angewiesen zu sein.¹⁴⁵
- Ähnlich kann aufgrund der u.U. nur kurz dauernden Lohnfortzahlungspflicht der Arbeitgeber in bei Krankheit und der fehlenden Sozialversicherung für krankheitsbedingte Lohnausfälle ein eingetretener Krankheitsfall zur Bedürftigkeit führen.¹⁴⁶

Dabei ist aber nicht zu vergessen, dass individuelle Armut ein Resultat eines Zusammenspiels individueller, sozialer und arbeitsmarktlicher Umstände und nicht monokausal ist.¹⁴⁷

¹⁴² BUNDESAMT FÜR STATISTIK, S. 25. Im Grundsatz auch: KÄLIN/KÜNZLI, N 13.5, m.H.a. WSK-Ausschuss, General Comment 13 (1999), § 1.

¹⁴³ SCHUWEY/KNÖPFEL, S. 93 ff., 109, 113. Dies zeigt sich insbesondere auch unter den «Working Poor»: Erwerbstätige Frauen weisen eine fast doppelt so hohe Armutsquote auf wie erwerbstätige Männer (4,8 % zu 2,5 %), vgl. BUNDESAMT FÜR STATISTIK, Armut, S. 38.

¹⁴⁴ BUNDESAMT FÜR STATISTIK, Sozialhilfebeziehende in der Schweiz 2017. Quote der wirtschaftlichen Sozialhilfe erreicht 2017 einen Wert von 3,3 %, Medienmitteilung vom 18.12.2018, <<https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/soziale-sicherheit/sozialhilfe.assetdetail.6546136.html>>, besucht am 30.04.2020.

¹⁴⁵ OECD, Alters- und Beschäftigungspolitik, Schweiz, Bessere Arbeit im Alter, 2014, <<https://www.oecd.org/berlin/publikationen/bessere-arbeit-im-alter-schweiz.pdf>>, besucht am 30.04.2021, S. 16.

¹⁴⁶ Siehe bereits oben N 47; PÄRLI/HUG/PETRIK, N 395.

¹⁴⁷ SCHUWEY/KNÖPFEL, S. 101.

B. Aktivierung und sozialhilferechtliche Beschäftigungsverhältnisse

1. Ursprung und Entwicklung

- 69 Die aktivierende Sozialpolitik hat in der Sozialhilfe zur Umsetzung des Leitsatzes von «Leistung und Gegenleistung» geführt. Diese Entwicklung wurde 1995 in den lateinischen Kantonen deutlich sichtbar, die ab dann ihre Sozialhilfegesetze revidierten und diese auf den Grundsatz des «Gegenleistungsprinzips» umstellten und sogenannte Eingliederungsverträge oder Integrationsvereinbarungen mit der Gewährung des sozialhilferechtlichen Minimums verknüpften. In Deutschschweizer Kantonen wurden zur selben Zeit ebenfalls neue Modelle in der Sozialhilfe erprobt, dies jedoch vorerst nicht durch gesetzgeberische Änderungen, sondern in Ausnützung des dort ausgeprägter vorhandenen Handlungsspielraums der Gemeinden.¹⁴⁸
- 70 Das Prinzip der Gegenleistung stiess in dieser Zeit in fast allen politischen Kreisen auf ein positives Echo, obwohl – oder vielleicht gerade weil – hinter der Zustimmung je nach sozialpolitischer Einstellung gegensätzliche Konzeptionen standen.¹⁴⁹ Die eine Konzeption folgt einer Optik des Zwangs, unter Umständen gar der Bestrafung und eine Gegenleistung für die erhaltene Sozialhilfe zu erbringen, wird als Pflicht der Sozialhilfeempfänger_innen gesehen. Die andere Konzeption folgt eher einer Philosophie des Anreizes: Erbringt die Sozialhilfeempfänger_in eine Leistung zur sozialen oder beruflichen Integration, soll dies mit einer Gegenleistung (finanzieller Anreiz) durch die Sozialhilfe verbunden werden und die Behörden sind verpflichtet, angemessene Einsatzmöglichkeiten zur Verfügung zu stellen.¹⁵⁰

Diese unterschiedlichen Ansichten sind in den Sozialdiensten nach wie vor vertreten. Einerseits wurde geäußert: «Weil der Sozialhilfebezüger erhält ja Geld von der Sozialhilfe und soll mit seiner Leistung der Gesellschaft wieder etwas zurückgeben. Das ist die Grundeinstellung dahinter.»¹⁵¹ Andererseits: «(...) die Beschäftigung ist für mich eigentlich gar nicht so wichtig, also ich finde auch, dass Menschen irgendwie etwas tun sollen, wenn sie Sozialhilfe beziehen (...), aber ich finde nicht, dass man sich Sozialhilfe durch Arbeit verdienen muss. Es ist eine Existenzsicherung (...).»¹⁵²

¹⁴⁸ TECKLENBURG, S. 131.

¹⁴⁹ TECKLENBURG, S. 137.

¹⁵⁰ TECKLENBURG, S. 137 f.

¹⁵¹ Interview S7.

¹⁵² Interview S9.

Im Jahr 2005 wurden schliesslich die Richtlinien der SKOS geändert und diese 71
Änderungen zeigen in Übereinstimmung mit den Entwicklungen in der IV und
ALV eine Ausrichtung auf ein aktivierendes Sozialhilfemodell auf: Der GBL wur-
de von CHF 1'100 auf CHF 960 gesenkt¹⁵³ – und gleichzeitig wurde ein System
von Anreizen und Sanktionen eingeführt.¹⁵⁴

Anreize wurden dahingehend geschaffen, dass denjenigen Personen, die einer 72
Arbeit im ersten Arbeitsmarkt nachgehen, ein sogenannter Einkommensfreibetrag
überlassen wird und damit, dass Personen, die sich besonders um ihre berufli-
che oder soziale Integration bemühen, eine Integrationszulage von CHF 100 bis
300 ausbezahlt wird. Eine Integrationszulage wird u.a. dann gewährt, wenn an
einer Massnahme zur beruflichen oder sozialen Integration teilgenommen wird.
Zu diesen gehören – gem. den SKOS-Richtlinien – Einsatz- und Beschäftigungs-
programme und «Angebote im zweiten Arbeitsmarkt».¹⁵⁵

Die im Gegenzug bereitstehenden Sanktionen erlauben es – sofern die Gegenlei- 73
stung zur beruflichen oder sozialen Integration nicht erbracht wird –, den GBL um
bis zu 30 % zu kürzen. Für eine Einzelperson bedeutet dies eine Kürzung des GBL
auf CHF 690.¹⁵⁶ Diese Kürzungsmöglichkeit von bis zu 30 % sehen die Richtlinien
der SKOS erst seit der Revision der Richtlinien von 2015 vor; vorher war lediglich
eine Kürzung um 15 % vorgesehen.¹⁵⁷

Darüber hinaus ist zu beachten, dass Sozialhilfeleistungen subsidiär zu anderen 74
Möglichkeiten der Existenzsicherung gelten und das Subsidiaritätsprinzip wesent-
lich ist zur Bestimmung, ob jemand Anspruch auf Sozialhilfe hat oder nicht.¹⁵⁸
Damit hängen auch Verhaltenspflichten zusammen, bei deren Verletzung die An-
spruchsvoraussetzung dahinfallen kann bzw. der Anspruch «ausgelöscht» wird.¹⁵⁹

¹⁵³ In der Zwischenzeit wurde dieser Betrag in Angleichung an die allgemeine Preisent-
wicklung auf CHF 997 angehoben, vgl. SKOS-RL, B.2.2.

¹⁵⁴ STRECKEISEN PETER, Steigende Erwerbslosigkeit und Prekarität in der Schweiz: Das
Ende eines «Sonderfalls», in: Scherschel Karin/Streckeisen Peter/Krenn Manfred
(Hrsg.), Neue Prekarität: die Folgen aktivierender Arbeitsmarktpolitik – europäische
Länder im Vergleich, Frankfurt a.M. 2012, S. 47–73, S. 67.

¹⁵⁵ SKOS-RL, D.3.

¹⁵⁶ Zu den abweichenden Sanktionsandrohungen in den kantonalen Gesetzen siehe aus-
führlich: Kapitel 3, N 251 ff.

¹⁵⁷ Vgl. SKOS-RL 2005 in der Ausgabe 12/12, A.8.

¹⁵⁸ Siehe zum Subsidiaritätsprinzip ausführlich: Kapitel 2, N 179 ff.

¹⁵⁹ Urteil BGer 2P.147/2002 v. 04.03.2003, E. 3.4.

Dazu gehört die Annahme einer zumutbaren Arbeit und dazu kann auch die Arbeit in einem Beschäftigungsprogramm zählen.¹⁶⁰

- 75 Unter Sanktionsandrohung wird also eine Aktivität ausserhalb des ersten Arbeitsmarktes in Arbeits- und Beschäftigungsmassnahmen erwartet. Damit wurde der eigentliche Paradigmenwechsel vollzogen und die «rekommodifizierenden» Elemente in die Sozialhilfe eingeführt. Der Druck, die Arbeitskraft zu verwerten, steigt damit auch für die Personen, die Sozialhilfe beziehen.¹⁶¹ Es fand so ein Wandel von einer fürsorgerischen zu einer aktivierenden Sozialhilfe statt; aufgrund der starken Betonung arbeitsbezogener Pflichten wird im Englischen auch von einem Wandel von «Welfare» zu «Workfare» gesprochen.¹⁶² In der Schweiz fanden vor allem Schlagworte wie «Arbeit statt Fürsorge» oder «Arbeit statt Sozialhilfe» Verbreitung.¹⁶³
- 76 Die Teilnahme an einer Beschäftigungs- oder Arbeitsmassnahme kann entsprechend einen wesentlichen Einfluss auf die zur Existenzsicherung zur Verfügung stehenden Mittel haben. Darüber hinaus sind eindeutige Abweichungen von einer Logik des Arbeitens im ersten Arbeitsmarkt zu beobachten. Wie im zweiten Arbeitsmarkt betreffen die Abweichungen die Entscheidungsfreiheit, die Arbeitsbedingungen und die soziale Sicherheit. Jedoch führen folgende Faktoren zu einer Akzentuierung dieser Abweichungen:
- Personen, die in sozialhilferechtlichen Beschäftigungsprogrammen arbeiten, sind bedürftig – sie haben keine anderen Quellen zur Existenzsicherung ausser den Sozialhilfegeldern. Die Androhung von Leistungskürzungen oder Einstellungen hat daher grössere Folgen für die Existenzsicherung als dieselben Mechanismen in Integrationsmassnahmen der Sozialversicherungen und im ersten Arbeitsmarkt.

¹⁶⁰ Vgl. BGE 130 I 71; BGE 139 I 218; BGE 142 I 1.

¹⁶¹ Siehe auch: PÄRLI, Aktivierung, S. 301.

¹⁶² Vorliegend wird unter «Workfare» v.a. die strikte Verbindung von Arbeitsleistungen mit den Anspruchsvoraussetzungen für Sozialhilfeleistungen verstanden, also dass nur Unterstützung erhält, wer auch eine Arbeitsleistung erbringt; so auch: PAZ-FUCHS, S. 1, Fn. 1; siehe zum Ganzen auch: WYSS KURT, Workfare, Sozialstaatliche Repression im Dienst des globalisierten Kapitalismus, Zürich 2008.

¹⁶³ WYSS KURT, Workfare in der Sozialhilfereform, Widerspruch Band 25 (2005), Heft 49, S. 73–84, S. 73; STOCKER MONIKA, Arbeit statt Fürsorge, Rote Revue, 3/1999 (77), S. 15–18.

- Die Sozialhilfe ist kantonal geregelt und wird teilweise kommunal vollzogen. Es ist daher zu klären, wie das jeweils anwendbare Recht die Rechte und Pflichten umschreibt und regelt.
- Die Sozialhilfeempfänger_innen stehen in einem doppelten Abhängigkeits- und Unterordnungsverhältnis: Einerseits sind sie gegenüber dem Sozialdienst im Rahmen ihres sozialhilferechtlichen Unterstützungsverhältnisses an Weisungen und gesetzliche Pflichten gebunden, die besonders stark in ihre Rechtsstellung eingreifen können, da sie keine andere Möglichkeit zur Existenzsicherung haben; andererseits haben sie auch die Weisungen der ihnen vorgesetzten Person an ihrem Einsatzplatz zu befolgen.

2. Was sind sozialhilferechtliche Beschäftigungsverhältnisse?

Sozialhilferecht ist kantonales Recht.¹⁶⁴ Jeder Kanton erarbeitet somit die gesetzlichen Grundlagen zur Regelung von sozialhilferechtlichen Beschäftigungsprogrammen selber und ist für das Angebot, die Ausgestaltung und Zielsetzung der Programme verantwortlich. Entsprechend divers sind die Angebote. Einen gesamtschweizerischen Überblick über alle Arbeitsintegrationsprogramme und die Anzahl Arbeitsplätze gibt es nicht. 77

Der Bundesrat geht in einem Bericht von der Existenz von über 1'100 Arbeitsintegrationsorganisationen aus, wovon mehr als 400 Sozialfirmen tätig sind, die «produktive Arbeitsplätze für Benachteiligte anbieten und gleichzeitig einen Teil der Einnahmen aus dem Verkauf von Produkten und/oder Dienstleistungen auf dem Markt erzielen».¹⁶⁵ Diese alleine beschäftigen nach einer groben Schätzung zwischen 42'000 und 54'000 Klient_innen. In der Hälfte der Firmen arbeiten Sozialhilfebezüger_innen. Unklar ist, wie viele der angebotenen Arbeitsplätze auf sie entfallen.¹⁶⁶

¹⁶⁴ Vgl. Art. 115 BV; weitergehende Ausführungen dazu Kapitel 2, N 140.

¹⁶⁵ BUNDESRAT, Sozialfirmen, S. 19.

¹⁶⁶ BUNDESRAT, Sozialfirmen, S. 21.

- 78 Folgende Klassifizierung der Programme mit Arbeits- oder Beschäftigungscharakter kann als Orientierungshilfe dienen:¹⁶⁷
- Programme zur Abklärung, die v.a. die Arbeitsmarktfähigkeit (und allenfalls auch Arbeitswilligkeit) und Wiedereingliederungschancen ermitteln sollen. Diese werden häufig Testarbeitsplätze oder Abklärungsplätze genannt und nachfolgend als solche bezeichnet.
 - Programme zur Vermittlung in den ersten Arbeitsmarkt, die darauf abzielen, einen Arbeitsplatz im ersten Arbeitsmarkt zu akquirieren. Hier können z.B. Instrumente wie der Einarbeitungszuschuss oder Teillohn-Modelle angesiedelt werden.
 - Programme zur Qualifizierung, in denen die Arbeitsmarkt- und Vermittlungsfähigkeit gezielt verbessert werden soll. Hierzu gehören etwa Umschulungen oder Berufslehren.
 - Programme zur Teilhabe, wo meist niederschwellige Arbeiten im Zentrum stehen und eine Arbeitsmarktfähigkeit erhalten oder weiterentwickelt werden soll. Häufig wird auch eine Stabilisierung der sozialen, persönlichen oder gesundheitlichen Situation angestrebt.
- 79 Eine Umfrage unter allen kantonalen Sozialämtern hat ergeben, dass die Kantone Appenzell Ausserrhoden, Freiburg, Neuenburg, Solothurn und Waadt drei dieser Programmarten zur Verfügung stellen; die Kantone Appenzell Innerrhoden, Nidwalden, Obwalden und Thurgau haben keine Angaben dazu geliefert, die restlichen 17 Kantone geben an, all diese vier Programmarten anzubieten.¹⁶⁸

C. Wer arbeitet in sozialhilferechtlichen Beschäftigungsverhältnissen?

1. Allgemeines

- 80 Gesamtschweizerisch zuverlässig erhobene Zahlen dazu, wie viele Prozent der Sozialhilfeempfänger_innen an einem sozialhilferechtlichen Beschäftigungsprogramm teilnehmen, sind nicht zugänglich. Der Kanton Bern weist z.B. aus, dass

¹⁶⁷ Z.B. der Kanton Zürich klassifiziert seine Programme auch nach diesen Kriterien, siehe: Sozialhilfe-Behördenhandbuch des Kantons Zürich, www.sozialhilfe.zh.ch (Abschnitt 13.2.01), besucht am 30.04.2021.

¹⁶⁸ Im Rahmen des Forschungsprojekts «Arbeitsverhältnisse unter sozialhilferechtlichen Bedingungen» durchgeführte Kantonsumfrage; siehe dazu auch: STUDER ET AL., N 54 ff.

im Jahr 2018 3'562 Personen an einem Programm teilgenommen haben.¹⁶⁹ Im selben Jahr bezogen 41'408 Personen im Kanton Bern Sozialhilfe,¹⁷⁰ womit ca. 8,8 % der Sozialhilfebezüger_innen an einem Programm teilnahmen.

2. Die erwerbslosen «Bodensatzrosinen»

Soziologische Untersuchungen haben gezeigt, dass sich die Bemühungen der aktivierenden Sozialhilfe nicht auf alle Sozialhilfeempfänger_innen erstrecken. 81
Prioritär aktiviert werden diejenigen Personen, bei denen die Sozialarbeiter_innen davon ausgehen, dass sie intakte Chancen haben, eine Arbeitsstelle im ersten Arbeitsmarkt zu finden,¹⁷¹ sie frei sind von ausserberuflichen Belastungen und sie keine (unterstellte) kulturelle Fremdheit mitbringen.¹⁷² NADAI spricht in diesem Zusammenhang in Anlehnung an die Äusserung eines Sozialarbeiters von den «Bodensatzrosinen».¹⁷³ Diese Konzentration auf die (angeblich) besonders eingliederungsfähigen Personen führt zu einer ungleichen Repräsentation von Geschlecht und Herkunft in Beschäftigungsprogrammen. So ist es für einen Mann mit schweizerischer Staatsbürgerschaft wahrscheinlicher, dass er in einem Beschäftigungsprogramm zum Einsatz kommt als für eine Frau mit Migrationshintergrund.¹⁷⁴ Die Eingliederungsanstrengungen konzentrieren sich so auf diejenigen Personen, die Eigenschaften und Qualifikationen, die auf dem Arbeitsmarkt gefordert werden, bereits mit sich bringen und diese auch zur Schau stellen. Sie wollen sich weiterbilden, sind flexibel, mobil und leistungsbereit.¹⁷⁵

Andererseits wurde gezeigt, dass im Zuge der Verbreitung des Grundsatzes von 82
«Leistung und Gegenleistung» auch von Personen, die nicht unmittelbar in den Arbeitsmarkt integriert werden können, Integrationsbemühungen als Gegenleistung für den Sozialhilfebezug erwartet werden. Hier dienen Beschäftigungsprogramme

¹⁶⁹ GESUNDHEITS-, SOZIAL- UND FÜRSORGEDIREKTION, Auswertung, S. 13.

¹⁷⁰ BUNDESAMT FÜR STATISTIK, WSH: Sozialhilfefälle, Sozialhilfebeziehende und Sozialhilfequote nach Kanton, www.bfs.admin.ch (Statistik finden / Soziale Sicherheit / Sozialhilfe / Sozialhilfebeziehende / Wirtschaftliche Sozialhilfe), besucht am 30.04.2021.

¹⁷¹ MÄDER, S. 113; NADAI/HAUSS/CANONICA, S. 16.

¹⁷² NADAI/HAUSS/CANONICA, S. 16.

¹⁷³ NADAI, S. 57.

¹⁷⁴ NADAI, Sozialinvestition, S. 231.

¹⁷⁵ DOMENICONI/TECKLENBURG/WYER, S. 253.

und Arbeitseinsätze dazu, «Fundamentalfähigkeiten» – wie Pünktlichkeit, Teamfähigkeit, Sprachkenntnisse – zum Gegenstand von Gegenleistungen zu erheben.¹⁷⁶

3. Personen mit gesundheitlichen Einschränkungen

- 83 Gemäss dem 2014 durchgeführten Kennzahlenvergleich zur Sozialhilfe in 13 Städten haben knapp 63 % der Langzeitbezüger_innen in der Sozialhilfe eine gesundheitliche Beeinträchtigung, die ärztlich belegt ist. Davon leidet gut ein Drittel unter einer physischen Beeinträchtigung, knapp 20 % weisen eine Suchtproblematik auf, 41,6 % haben eine psychische Beeinträchtigung (inkl. Depressionen) und etwa 4 % leiden unter den Folgen eines Unfalls. Nicht alle diese Personen fallen in die Kategorie der Nichterwerbspersonen (siehe gerade nachfolgend N 84). Vielmehr sind 10 % erwerbstätig und 18 % auf Stellensuche. Immerhin 9 % nehmen an einem Integrationsprogramm teil.¹⁷⁷ Es ist davon auszugehen, dass diese Quote unter den Personen, die (noch) nicht zu den Langzeitbezüger_innen zählen, höher ist.

Die hohe Quote von Personen mit gesundheitlicher Beeinträchtigung, die Sozialhilfe beziehen, kann auch mit Wechselwirkungen zu den Voraussetzungen für den Bezug einer IV-Rente erklärt werden. Die bereits angesprochenen Revisionen des IVG führen dazu, dass weniger Neurenten gesprochen und bestehende Renten aufgehoben werden. Während es schwierig ist, wissenschaftlich nachzuweisen, wie viele Personen aufgrund der nicht (mehr) gewährten Rente in die Sozialhilfe abrutschen,¹⁷⁸ häufen sich Medienberichte, die diesen Zusammenhang beschreiben.¹⁷⁹ Der Bundesrat ging 2014 davon

¹⁷⁶ Vgl. NADAI/HEUSS/CANONICA, S. 16 f.

¹⁷⁷ SALZGEBER RENATA, Kennzahlenvergleich zur Sozialhilfe in Schweizer Städten, Berichtsjahr 2014, 13 Städte im Vergleich, in: Städteinitiative Sozialpolitik (Hrsg.), <https://staedteinitiative.ch/cmsfiles/staedteinitiative_kennzahlenbericht_2014_def.pdf>, besucht am 30.04.2021, Bern 2015, S. 50 f.

¹⁷⁸ Siehe dazu z.B. GUGGISBERG JÜRGE ET AL., Evaluation der Eingliederung und der eingliederungsorientierten Rentenrevision der Invalidenversicherung, Beiträge zur Sozialen Sicherheit, Forschungsbericht Nr. 18/15, S. 59.

¹⁷⁹ Z.B. NZZ, Endstation Sozialhilfe, Meldung v. 27.06.2017, <<https://www.nzz.ch/zuerich/iv-revision-endstation-sozialhilfe-ld.1303205>>, besucht am 30.04.2021; Schweiz am Sonntag, Gestrichene IV-Rente: Viele Ex-Bezüger landen in der Sozialhilfe, Meldung v. 11.12.2016, <<https://www.aargauerzeitung.ch/aargau/kanton-aargau/gestrichene-iv-rente-viele-ex-bezueger-landen-in-der-sozialhilfe-130783350>>, besucht am 30.04.2021; SRF, Wenn die IV nicht mehr zahlt, Meldung v. 05.09.2017, <<https://www.srf.ch/news/schweiz/wenn-die-iv-nicht-mehr-zahlt>>, besucht am 30.04.2021; Stadt Bern, Direktion für Bildung, Soziales und Sport, Grundlagenpapier Gesundheit

aus, dass die 5. IV-Revision kaum Auswirkungen auf die Sozialhilfe gehabt habe und auch keine bedeutenden Auswirkungen der IV-Revision 6a zu erwarten seien.¹⁸⁰ Eine im November 2020 veröffentlichte Studie zeigt nun die statistischen Zusammenhänge detailliert auf. Unter anderem stellen die Autoren einen 25 %-Anstieg der Quote der Personen fest, die im vierten Jahr nach ihrer Anmeldung bei der IV wirtschaftliche Sozialhilfe beziehen (2'100 Personen). 1'650 der insgesamt 5'720 Übertritte von der IV in die Sozialhilfe hätten unter den gesetzlichen Rahmenbedingungen von 2006 nicht stattgefunden. Zudem stieg das Risiko, nach einer Rentenaufhebung Sozialhilfe zu beziehen, zwischen 2009 und 2015 um 20 % an.¹⁸¹

4. Nichterwerbspersonen?

Nichterwerbspersonen (36,5 % der Sozialhilfeempfänger_innen über 18) gelten 84 als arbeitsunfähig oder können aufgrund ihrer persönlichen Situation keine Arbeitsstelle finden.¹⁸² Sie sind grundsätzlich nicht für den Arbeitsmarkt verfügbar und befinden sich ausserhalb des Erwerbsprozesses.¹⁸³ Die Frage, ob auch diese Personen in sozialhilferechtlichen Beschäftigungsprogrammen zum Einsatz kommen, kann nicht abschliessend beantwortet werden, insbesondere da die Einordnung als «Nichterwerbsperson» keine statische ist.

Dies zeigt das Beispiel der alleinerziehenden Personen, welche seit 2017 verstärkt 85 von der Aktivierungspolitik in der Sozialhilfe erfasst werden. Seit der Revision der SKOS-Richtlinien per 01.01.2017 ist der berufliche (Wieder-)Einstieg nach der Geburt so früh wie möglich zu planen. Neu wird spätestens, wenn das Kind das erste Lebensjahr – und nicht erst das dritte – vollendet hat, eine Erwerbstätigkeit oder eine Teilnahme an einer Integrationsmassnahme erwartet.¹⁸⁴

Die Tatsache, dass teilweise Personen mit (nachgewiesenen) gesundheitlichen 86 Einschränkungen in Beschäftigungsprogrammen eingesetzt werden, zeigt, dass

in der Sozialhilfe, < <https://www.bern.ch/politik-und-verwaltung/stadtverwaltung/bss/sozialamt/downloads/stadtbern-grundlagenpapier-gesundheit-in-der.pdf/download>>, besucht am 30.04.2021, Bern 2020, S. 5.

¹⁸⁰ Stellungnahme des Bundesrates vom 28.05.2014 zur Interpellation Humbel, 14.3046, «Wirkungen der IV-Revision 6a und Folgen für die Betroffenen».

¹⁸¹ GUGGISBERG JÜRGE/BISCHOF SEVERIN, Entwicklung der Übertritte von der Invalidenversicherung in die Sozialhilfe. Analysen auf Basis der SHIVALV-Daten, Beiträge zur Sozialen Sicherheit, Nr. 8/20, Bern 2020, S. IV f.

¹⁸² BEYELER/SALZGEBER/SCHUWEY, S. 33.

¹⁸³ Vgl. SCHMIDLIN ET AL., S. 39.

¹⁸⁴ SKOS-RL, C. 1.3.

auch eine Person, die (noch) als «Nichterwerbsperson» gilt, zu einem Einsatz in einem sozialhilferechtlichen Beschäftigungsprogramm aufgefordert werden kann.

5. Nicht: Kinder

- 87 Kinder und Jugendliche werden aufgrund ihres Alters nicht von den Bestrebungen der aktivierenden Sozialhilfe erfasst. Mittelbare Auswirkungen auf ihre Stellung in der Sozialhilfe sind jedoch dann zu beobachten, wenn einer ihrer Elternteile an einem Beschäftigungsprogramm teilnehmen soll und es in der Folge zu einer Kürzung oder Einstellung der Leistungen kommt.¹⁸⁵
- 88 Diese Problematik wird nachfolgend nicht vertieft untersucht. Es stellt sich jedoch durchaus die Frage, ob die allfälligen Auswirkungen einer Kürzung oder Einstellung der Leistungen beispielsweise mit dem in Art. 27 der UNO-Kinderrechtskonvention (KRK) festgehaltenen Recht auf einen angemessenen Lebensstandard vereinbar sind. Entsprechende Studien zur Auswirkung von Sanktionierungen auf die ganze Bedarfsgemeinschaft und die Vereinbarkeit mit der KRK wären begrüssenswert und notwendig.¹⁸⁶

6. «Working Poor»?

- 89 Die Existenz von «Working Pools» in der Schweiz wirft einerseits die Fragen auf, welchen Beitrag Arbeitsstellen im ersten Arbeitsmarkt zur Existenzsicherung zu leisten vermögen und ob die aktivierende Sozialpolitik ihr Versprechen «Arbeit statt Fürsorge» überhaupt einlösen kann. Atypische und prekäre Arbeitsverhältnisse lassen dies zweifelhaft erscheinen.¹⁸⁷
- 90 Andererseits zeigt das Phänomen der «Working Poor», dass einer Erwerbsarbeit nachzugehen nicht zwingend mit gesellschaftlicher Integration gleichzusetzen ist: Aufgrund der prekären finanziellen Situation müssen Abstriche bei der gesund-

¹⁸⁵ Siehe dazu z.B. VerwG BE, Urteile 200 16 361 v. 22.09.2016; 200 16 434 v. 12.07.2016; 200 14 178 v. 11.09.2014; ausführlicher: unten N 292.

¹⁸⁶ Allgemein ist die Forschung zu Kinderarmut in der Schweiz bescheiden. Für eine Studie zur Lebenssituation von Kindern, die von Armut betroffen sind, vgl. ZÜRCHER PASCALE ET AL., Lebenssituationen von Kindern in der Sozialhilfe – eine Betrachtung aus interdisziplinärer Perspektive, Bern 2016; siehe auch: WIZENT, Sozialhilferecht, N 885 ff. zu kinderrechtsspezifischen Fragen in der Sozialhilfe.

¹⁸⁷ Siehe auch: N 41 zur (zunehmenden) Prekarisierung von Arbeitsverhältnissen.

heitlichen Versorgung, Ferien, Weiterbildungen, Freizeitaktivitäten etc. gemacht werden, was der sozialen Integration abträglich sein kann.¹⁸⁸

Für die «Working Poor» wirkt sich die Aktivierungspolitik und die Verbindung der Sozialhilfeleistungen mit Anreizen und Gegenleistungen grundsätzlich wie folgt aus:

- «Working Poor» können von einem sogenannten Einkommensfreibetrag profitieren. Dieser Betrag von CHF 300 bis CHF 700 (gem. SKOS-Richtlinien) wird den Sozialhilfeempfänger_innen von ihrem Erwerbseinkommen zusätzlich zum Grundbedarf für den Lebensunterhalt überlassen. Damit sind sie finanziell um diesen Betrag bessergestellt als nicht erwerbstätige Sozialhilfeempfänger_innen. Dies führt gem. Kritiker_innen zu einer Subvention von Niedriglohnstellen im ersten Arbeitsmarkt.¹⁸⁹
- Als Personen, die bereits arbeiten und eine Arbeit im ersten Arbeitsmarkt haben – und entsprechend auch als sozial integriert gelten –, stehen sie nicht im Zentrum von Aktivierungsmassnahmen und Gegenleistungsmodellen. Ihre Erwerbstätigkeit wird als ausreichende Gegenleistung und als Beleg dafür betrachtet, dass sie das ihnen Mögliche tun, um von staatlicher Unterstützung unabhängig zu sein.¹⁹⁰

Die kantonale Rechtsprechung zeigt dennoch in einzelnen Beispielen, dass auch Personen, die bereits einer Aktivität im ersten Arbeitsmarkt nachgehen, zur Teilnahme an sozialhilferechtlichen Beschäftigungsprogrammen verpflichtet werden. So hatte eine Person, die 50 % arbeitete und dafür einen Bruttolohn von CHF 960 erhielt, die vom Kanton Zürich vorgesehene Basisbeschäftigung zu besuchen. Begründet wurde dies damit, dass der Lohn der 50 %-Stelle nicht branchenüblich sei und selbst dann nicht existenzsichernd wäre, wenn das Pensum auf 100 % erhöht würde. Diese Situation sei nun ein Jahr lang toleriert worden.¹⁹¹ Es sei davon auszugehen, dass die vierwöchige Basisbeschäftigung (Programm zur Abklärung) mit grosser Wahrscheinlichkeit besser geeignet sei, um zu einer Einschätzung zu gelangen, welche Anschlusslösungen zu einer Integration in den ersten Arbeitsmarkt und einem bedarfsdeckenden Einkommen führen.¹⁹²

¹⁸⁸ STROHMEIER /KNÖPFEL, S. 21; ähnlich auch: MÄDER, S. 114 f.

¹⁸⁹ STROHMEIER/KNÖPFEL, S. 21.

¹⁹⁰ KUTZNER STEFAN, Sozialhilfe und Ausschluss, in: Kutzner Stefan et al. (Hrsg.), Sozialhilfe in der Schweiz, Klassifikation, Integration und Ausschluss von Klienten, Zürich/Chur 2009, S. 163–176, S. 163.

¹⁹¹ VerwG Zürich, Urteil VB.2016.00434 v. 01.11.2016, E. 4.1.

¹⁹² VerwG Zürich, Urteil VB.2016.00434 v. 01.11.2016, E. 4.3.

V. Hilfe in Notlagen und Auswirkungen sozialhilferechtlicher Beschäftigungsverhältnisse

A. Was ist Nothilfe und wer bezieht sie?

- 93 Die Nothilfe – respektive das Recht auf Hilfe in Notlagen gem. Art. 12 BV – verleiht Menschen, die in Not geraten sind und nicht in der Lage sind, für sich zu sorgen, einen Anspruch auf diejenigen Mittel, die für ein menschenwürdiges Dasein unerlässlich sind. Es werden also die Mittel geboten, die für ein menschenwürdiges Überleben notwendig sind, sofern es jemandem rechtlich verwehrt und/oder faktisch unmöglich ist, die für ein menschenwürdiges Dasein unerlässlichen Mittel selber aufzubringen.¹⁹³ Die Nothilfe bildet den menschenrechtlichen Kern der Sozialhilfe¹⁹⁴ und die «sozialrechtliche Rückversicherung» für den Fall, dass ein Mensch durch alle Maschen des sozialen Sicherungsnetzes fällt.¹⁹⁵
- 94 Die Bedeutung der Nothilfe kann zwar als gering beschrieben werden, da im ausdifferenzierten schweizerischen Sozialstaat in der Regel die Existenzsicherung durch ein vorgelagertes System erfolgt.¹⁹⁶ Dennoch kommt Art. 12 BV als Ergänzung des sozialen Netzes eine wichtige Funktion zu; so dienen die Leistungen – bzw. der verfassungsrechtlich versicherte Anspruch darauf – der Wohlfahrt und dem inneren Zusammenhalt zwischen verschiedenen Bevölkerungsschichten und sind so auch ein Ausdruck (minimaler) Solidarität.¹⁹⁷
- 95 Als Unterstützungsregime soll die Nothilfe für die «reguläre» Wohnbevölkerung der Schweiz nicht angewandt werden.¹⁹⁸ Für diese wird Art. 12 BV dann unmittelbar relevant, wenn die Sozialhilfe das gebotene Niveau unterschreitet (vgl. N 216).

Für die «irreguläre» Bevölkerung, also diejenigen Personen mit einem rechtskräftigen Wegweisungsentscheid, denen eine Ausreisefrist angesetzt worden ist, ist die Nothilfe jedoch als Folge des Sozialhilfestopps im Asylwesen zum anwendbaren Unterstützungs-

¹⁹³ Statt vieler: BGE 142 I 1, E. 7.2.2.

¹⁹⁴ WIZENT, Sozialhilferecht, N 227.

¹⁹⁵ GÄCHTER, S. 44 f.

¹⁹⁶ GÄCHTER, S. 45.

¹⁹⁷ WALDMANN, S. 350; RÜEGG, S. 40.

¹⁹⁸ Siehe SKOS-RL, A.9.

regime geworden.¹⁹⁹ Dies kann u.U. dem Charakter der Nothilfe als Überbrückungshilfe widersprechen.²⁰⁰ Ebenfalls nur Nothilfe erhalten Personen, die ein ausserordentliches Rechtsmittel gegen einen negativen Asylentscheid (Nichteintreten oder Abweisung) ergriffen haben,²⁰¹ oder Personen, die ein Mehrfachgesuch einreichen.²⁰²

B. Einfluss von sozialhilferechtlichen Beschäftigungsverhältnissen und der aktivierenden Sozialhilfepolitik

Nothilfe steht gem. Art. 12 BV derjenigen Person zu, die «nicht in der Lage ist, 96 für sich selber zu sorgen». Dieser Satzteil betont die Subsidiarität der staatlichen Leistungen.²⁰³ Dass eine Erwerbsarbeit den staatlichen Leistungen vorgeht, wurde bereits bei der Anerkennung des ungeschriebenen Verfassungsrechts auf Existenzsicherung in BGE 121 I 367 durch das Bundesgericht klargestellt.

Im Sinne der Subsidiarität geht die zumutbare Selbsthilfe der staatlichen Unter- 97 stützung vor. Kurz zusammengefasst gilt in Bezug auf die Teilnahme an einem sozialhilferechtlichen Beschäftigungsprogramm, dass diese auch im Bereich des Rechts auf Hilfe in Notlagen als eine Möglichkeit gesehen wird, für sich selber zu sorgen. Das Angebot, an einem sozialhilferechtlichen Beschäftigungsprogramm teilzunehmen, versetzt eine Person nach der aktuellen Auffassung des Bundesgerichts also in die Lage, für sich selber zu sorgen. Eine Teilnahme an einem (ent-

¹⁹⁹ Siehe Art. 82 AsylG. Vgl. zur Diskussion, ob gerade auch für diese Gruppe die Nothilfe gestrichen werden darf, statt vieler: MÜLLER JÖRG PAUL, Gutachten vom 7. März 2005 betreffend den Beschluss der Staatspolitischen Kommission des Ständerates vom 13. Januar 2005 (Teilrevision Asylgesetz) über Einschränkungen der Nothilfe, erstellt im Auftrag der Schweizerischen Flüchtlingshilfe, Asyl 2+3/2005, S. 3–11; SPESCHA MARC, Absolute Demokratie – gefährdeter Rechtsstaat, Demokratiepraktische und staatsethische Überlegungen aus Anlass aktueller Gesetzesrevisionen im Bürger-, Asyl- und Ausländerrecht, AJP 2006, S. 181–196; zur aktuellen Anwendung etwa: HRUSCHKA CONSTANTIN, Kommentar zu Art. 82 AsylG, in: Spescha Marc et al. (Hrsg.), Migrationsrecht Kommentar, 5. Aufl., Zürich 2019.

²⁰⁰ Siehe für ein Beispiel: BGE 138 I 246, E. 3.3.2; zu diesem Entscheid auch ausführlicher: N 691 ff.

²⁰¹ Art. 82 Abs. 2 i.V.m. Art. 111b AsylG.

²⁰² Art. 82 Abs. 2 i.V.m. Art. 111c AsylG.

²⁰³ WALDMANN, S. 352.

löhnten) Beschäftigungsprogramm geht somit der staatlichen Unterstützung vor. Wer nicht an einem solchen Programm teilnimmt, befindet sich nicht mehr in einer Notlage gem. Art. 12 BV.²⁰⁴

VI. Besondere Bedeutung der Zumutbarkeit für die Existenzsicherung

A. Einleitung und allgemeine Umschreibung der Zumutbarkeit

- 98 Alle oben beschriebenen Formen der Existenzsicherung haben gemeinsam, dass sich verschiedene Interessen begegnen. In einem Arbeitsverhältnis im ersten Arbeitsmarkt hat die Arbeitgeber_in ein inhärentes Interesse an der Arbeitsleistung der Arbeitnehmer_in und diese wiederum an der Lohnzahlung durch die Arbeitgeber_in. In sozialversicherungsrechtlichen Eingliederungsmassnahmen und sozialhilferechtlichen Beschäftigungsverhältnissen begegnen sich die Interessen der Leistungsbezüger_innen und diejenigen der leistungsfinanzierenden Solidargemeinschaften. Während die Leistungsbezüger_innen ein Interesse an einem ungekürzten Leistungsbezug haben, sind die finanzierenden Einheiten an einem schonenden Umgang mit den Finanzen interessiert.
- 99 Wie gesehen, ergeben sich zwischen den Arbeitsmärkten nicht zu vernachlässigende Unterschiede in Bezug auf die Entscheidungsfreiheit, die Gewährung von sozialer Sicherheit und die Ausgestaltung der Arbeitsbedingungen. Es stellt sich jeweils die Frage, was eine arbeitende Person, zur Erlangung welcher Vorteile und zur Vermeidung welcher Nachteile, zu leisten bereit sein muss. Die rechtliche Beurteilung dieser Frage erfolgt über die Beurteilung eines Verhaltens als «zumutbar»; der Begriff wurde oben bereits verschiedentlich verwendet.
- 100 Im allgemeinen Sprachgebrauch wird «Zumutbarkeit» so verstanden, dass ein bestimmtes Verhalten von einer Person verlangt werden darf, obwohl damit allenfalls auch Unannehmlichkeiten verbunden sind oder das Erbringen eines persönlichen Opfers verlangt wird.²⁰⁵ Der «Duden» schlägt als Synonym etwa die Worte

²⁰⁴ Grundsätzlich: BGE 139 I 218; BGE 142 I 1; siehe dazu: STUDER/PÄRLI und MEIER/STUDER.

²⁰⁵ MAURER, S. 221.

«erträglich», «normal» und «möglich» vor.²⁰⁶ Andernorts wird auch von einem Verhalten gesprochen, welches billig oder akzeptabel ist.²⁰⁷

Die rechtliche Bedeutung des Begriffes deckt sich mit dem Alltagsbegriff weitgehend.²⁰⁸ Es erfolgt mit der Definition eines Verhaltens als «zumutbar» oder «unzumutbar» eine Einteilung in ein Verhalten, das von einer Person erwartet wird und werden darf einerseits, und in ein Verhalten, das nicht mehr verlangt werden soll andererseits.²⁰⁹ Dadurch werden rechtliche Pflichten begrenzt²¹⁰ und vor allem die widerstreitenden (öffentlichen)²¹¹ Interessen, die eine allgemeine Verhaltensnorm begründen und die privaten Interessen, die der Erfüllung dieser Norm entgegenstehen, in einen einzelfallgerechten Ausgleich gebracht.²¹² Für eine floskelhafte Beurteilung der Zumutbarkeit eines Verhaltens bleibt dabei – entgegen der häufigen alltagssprachlichen Verwendung des Begriffs²¹³ – kein Raum.

Aus verwaltungs- und verfassungsrechtlicher Sicht ist die Zumutbarkeit nebst der Eignung und der Erforderlichkeit der dritte Teilaspekt der Verhältnismässigkeit und wird mithin als Kernstück und entscheidendes Element der Verhältnismässigkeitsprüfung bezeichnet.²¹⁴ Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit ist eine wesentliche Legitimation von (rechts-)staatlichem Handeln und muss gem. Art. 5 Abs. 2 BV bei sämtlichem Staatshandeln beachtet werden. Auch das Verhalten der Leistungsverwaltung muss verhältnismässig sein.²¹⁵ Insbesondere ist die Verhältnismässigkeit einer Massnahme und somit auch die Zumutbarkeit dersel-

²⁰⁶ DUDEN, online, <<https://www.duden.de/rechtschreibung/zumutbar>>, besucht am 30.04.2021.

²⁰⁷ LANDOLT, S. 8.

²⁰⁸ MURER, Zumutbarkeit, S. 7.

²⁰⁹ MAURER, S. 221.

²¹⁰ MAURER, S. 236; GÄCHTER, Zumutbarkeit, S. 232.

²¹¹ Zur Zumutbarkeit und Berücksichtigung privater Interessen der Arbeitgeber_in siehe: N 104 nachfolgend.

²¹² RIEMER-KAFKA, S. 86; MURER, Zumutbarkeit, S. 9.

²¹³ HUMMEL-LILJEGREN, S. 67, LANDOLT, S. 8.

²¹⁴ HOFSTETTER, N 268; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 555.

²¹⁵ WEBER-DÜRLER BEATRICE, Ablösung der Freiheitsrechte durch rechtsstaatliche Verfassungsprinzipien?, in: Zen-Ruffinen Piermarco/Auer Andreas (Hrsg.), De la Constitution, Etudes en l'honneur de Jean-François Aubert, Basel/Frankfurt a.M. 1996, S. 437–445, S. 440; HOFSTETTER, N 164; MURER, Zumutbarkeit, S. 9; IMHOF, N 47; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, S. 827; WIEDERKEHR RENÉ/RICHLI PAUL, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Band I, Eine systematische Analyse der Rechtsprechung, Bern 2012, N 1754.

ben eine Voraussetzung für einen Grundrechtseingriff gem. Art. 36 Abs. 3 BV. In dieser Hinsicht wird eine grundrechtlich geprägte Verhältnismässigkeitsprüfung angewandt. Um einen Grundrechtseingriff zu rechtfertigen, wird ein qualifiziertes oder auch überwiegendes öffentliches Interesse gefordert, welches die gegenläufigen privaten Interessen aufwiegt.²¹⁶ Es werden also die persönlichen Verhältnisse besonders berücksichtigt,²¹⁷ was sich vor allem auf die Prüfung der Zumutbarkeit eines Eingriffs auswirkt. Je schwerer der Eingriff in die grundrechtlich geschützte Rechtsposition, desto intensiver und plausibler muss der Nachweis des öffentlichen Interesses sein.²¹⁸

- 103 Nachfolgend wird in Bezug auf die drei oben identifizierten Arbeitsmärkte dargestellt, wie die Beurteilung eines Verhaltens als zumutbar oder unzumutbar erfolgt. Zunächst wird die Zumutbarkeit einer unselbständigen Erwerbstätigkeit als Arbeitnehmer_in betrachtet (B). Die selbständige Erwerbstätigkeit ist zwar nicht von denselben Spannungen geprägt, aber dennoch ergeben sich ähnliche Fragen (C). In den Sozialversicherungen manifestiert sich die Zumutbarkeit besonders bei der Beschränkung der Schadenminderungspflicht (D). Schliesslich wird dargelegt, inwiefern sich dieselben und andere Fragen in der Sozialhilfe stellen (E).

Nicht beachtet wird die Existenzsicherung ohne Erwerbsarbeit, wobei auch dort von entscheidender Bedeutung ist, ob die (Wieder-)Aufnahme einer Arbeit als zumutbar beurteilt wird oder nicht.²¹⁹

B. Zumutbarkeit im Arbeitsrecht

1. Interessensausgleich

- 104 Im von der Vertragsfreiheit und durch privat- und öffentlich-rechtliche Normen zum Schutz der sozial schwächeren Partei geprägten Arbeitsverhältnis nach OR haben Arbeitnehmer_innen und Arbeitgeber_innen Unannehmlichkeiten hinzunehmen und «persönliche Opfer» zu erbringen. Diese ergeben sich aus dem synallagmatischen Pflichtenprogramm, welches in erster Linie die Leistung von Arbeit

²¹⁶ HOFSTETTER, N 124; SCHWEIZER, St. Galler Kommentar, N 8 zu Art. 36 BV.

²¹⁷ MÜLLER MARKUS, Verhältnismässigkeit. Gedanken zu einem Zauberwürfel, Bern 2013, S. 45.

²¹⁸ MÜLLER JÖRG PAUL, § 39 Allgemeine Bemerkungen zu den Grundrechten, in: Thürer Daniel/Aubert Jean-François/Müller Jörg Paul (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz. Droit constitutionnel suisse, Zürich 2001, S. 621–645, N 55.

²¹⁹ Vgl. z.B. Art. 125 Abs. 1 ZGB.

gegen Lohn vorsieht. Arbeitgeber_in und Arbeitnehmer_in verfolgen unterschiedliche Interessen, die es zu einem billigen Ausgleich zu bringen gilt.²²⁰ Durch Zumutbarkeitsüberlegungen beschränkt werden etwa die zeitliche Verfügbarkeit der Arbeitnehmer_innen bei der Leistung von Überstunden²²¹ und Überzeit.²²² Weiter wird die Pflicht der Arbeitgeber_in, im Rahmen ihrer Fürsorgepflicht Massnahmen zum Schutz der Persönlichkeit der Arbeitnehmer_innen zu ergreifen, auf das Mass beschränkt, das ihr billigerweise zumutbar ist.²²³ Unterlässt die Arbeitgeber_in diese Vorkehrungen, darf die Arbeitnehmer_in die Arbeitsleistung verweigern, da diese nicht zumutbar wäre, und erhält dennoch Lohn.²²⁴ Schliesslich ist es beiden Vertragsparteien gestattet, ein Arbeitsverhältnis fristlos aufzulösen, wenn ihnen die weitere Zusammenarbeit nicht mehr zugemutet werden kann.²²⁵ Auch mit dem Erlass der Vorschriften des ArG wollte die Gesetzgeberin einen Ausgleich zweier gegensätzlicher Interessen finden: der bestmögliche Schutz der Gesundheit und Persönlichkeit der Arbeitnehmer_in einerseits und die betrieblichen Interessen zur Wahrung der Konkurrenzfähigkeit der Arbeitgeber_in andererseits.²²⁶

2. Indirekte Drittwirkung von Grundrechten

Besonders hervorzuheben ist die Fürsorgepflicht der Arbeitgeber_in gem. Art. 328 OR, welche diese verpflichtet, die Persönlichkeit der Arbeitnehmer_in zu schützen, und als notwendiges Gegenstück zum Weisungsrecht der Arbeitgeber_in zu sehen ist.²²⁷ Die Fürsorgepflicht schützt die Arbeitnehmer_in vor übermässiger Beanspruchung durch die Arbeitgeber_in und schafft einen Ausgleich der Interessen der Vertragsparteien. Aspekte der Persönlichkeit der Arbeitnehmer_in werden geschützt, die durch die verfassungsrechtlich gewährleisteten Grundrechte geschützt sind. So ist das Leben, die Gesundheit, die geistige und körperliche Integrität, die

²²⁰ TSCHUDI H. P., Geschichte, S. 95.

²²¹ Art. 321c OR.

²²² Art. 12 Abs. 1 lit. c ArG.

²²³ Art. 328 Abs. 2 OR; dieses Beispiel nennt auch bereits MAURER, S. 221.

²²⁴ GEISER THOMAS/MÜLLER ROLAND/PÄRLI KURT, Klärung arbeitsrechtlicher Fragen im Zusammenhang mit dem Coronavirus, Jusletter vom 23. März 2020, N 44. Diese Frage aktualisierte sich im Zusammenhang mit der Bekämpfung der COVID-19-Pandemie im Frühling 2020, ausführlich dazu: DIESELBEN.

²²⁵ Art. 337 Abs. 2 OR.

²²⁶ TSCHUDI/GEISER/WYLER, N 2.

²²⁷ PORTMANN WOLFGANG/STÖCKLI JEAN-FRITZ, Schweizerisches Arbeitsrecht, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013, N 412.

persönliche und berufliche Ehre, die Stellung und das Ansehen im Betrieb, die Meinungsäusserungsfreiheit, die Freiheit, sich gewerkschaftlich zu organisieren, sowie die Geheim- und Privatsphäre der Arbeitnehmer_in zu schützen. Art. 328 OR kann als ein «legitimes Einfallstor»²²⁸ für die indirekte Drittwirkung von Grundrechten gesehen werden,²²⁹ womit dazu beigetragen wird, dass die Grundrechte in der gesamten Rechtsordnung und insbesondere auch unter Privaten wirken.²³⁰ Die (indirekte) Drittwirkung der Grundrechte sekundiert den Regelungszweck des Arbeitsrechts an sich: Die schwächere Partei wird gegen den wirtschaftlichen und sozialen Machtmissbrauch des stärkeren Partners geschützt.²³¹

- 106 Des Weiteren wird die Arbeitnehmer_in gegen eine missbräuchliche Kündigung geschützt. Als missbräuchlich gelten u.a. Kündigungen, die aufgrund einer Eigenschaft, die der anderen Partei kraft ihrer Persönlichkeit zusteht, oder weil verfassungsmässige Rechte ausgeübt wurden, ausgesprochen werden.²³² Auch bei diesen Bestimmungen erfahren die Grundrechte eine indirekte Drittwirkung gem. Art. 35 Abs. 3 BV.²³³ Dabei gilt es jeweils, die Treuepflicht der Arbeitnehmer_in mit deren Interesse an der Ausübung der verfassungsmässigen Rechte in Einklang zu bringen.²³⁴
- 107 Diese Relevanz von Grundfreiheiten in der Arbeitsbeziehung und die staatliche Pflicht, dafür zu sorgen, dass diese auch in dieser Beziehung nicht illusorische Rechte bleiben, wird auch in der Rechtsprechung des EGMR ersichtlich.²³⁵ So muss der Schutz des Privatlebens gem. Art. 8 EMRK im Arbeitsleben seine Gültigkeit bewahren, was z.B. einer Überwachung der Kommunikation am Arbeits-

²²⁸ PORTMANN/RUDOLPH, BSK-OR, N 4 zu Art. 328 OR.

²²⁹ PORTMANN/RUDOLPH, BSK-OR, N 4 zu Art. 328 OR; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 2 zu Art. 328 OR; REHBINDER/STÖCKLI, N 4 zu Art. 328 OR.

²³⁰ Vgl. Art. 35 Abs. 3 BV.

²³¹ KLEY, S. 434.

²³² Art. 336 Abs. 1 lit. b OR.

²³³ DUNAND JEAN-PHILIPPE, *Commentaire du contrat de travail*, Bern 2013, N 34 zu Art. 336 OR.

²³⁴ WILDHABER/HÄNSENBERGER, S. 406; RIEMER-KAFKA/SHERIFOSKA, S. 319.

²³⁵ KLEY, S. 449, hielt fest, dass es sich bei der Schutzpflichtenkonzeption des EGMR um «nichts anderes» als die objektivrechtliche Dimension der Menschenrechte und deren mittelbare Drittwirkung handle.

platz Grenzen setzt²³⁶ und den Staat verpflichtet, die Überwachung am Arbeitsplatz mit angemessenen Massnahmen zu beschränken.²³⁷

Zudem kann etwa das Grundrecht auf freie Meinungsäusserung oder die Religionsfreiheit mit der arbeitsvertraglichen Treuepflicht in Konkurrenz treten und im Einzelfall ist bei einer Kündigung zu entscheiden, was vorgeht.²³⁸ Als Grundsatz gilt, dass eine Meinungsäusserung respektive religiöse Überzeugung durch die Arbeitgeber_in nicht mit einer Kündigung sanktioniert werden darf, sofern dadurch die Arbeitsleistung und die arbeitsrechtlichen (Treue-)Pflichten nicht beeinträchtigt werden.²³⁹ Auch der EGMR hat sich in diversen Entscheiden mit solchen Fragen auseinandergesetzt²⁴⁰ und fordert jeweils eine sorgfältige Abwägung zwischen den Rechten und Interessen der Arbeitnehmer_in und denjenigen der Arbeitgeber_in.²⁴¹

3. Wechselwirkungen zum Arbeitslosenversicherungsrecht

Eine Beurteilung der Zumutbarkeit einer Arbeit in einem (privatrechtlichen) Arbeitsverhältnis erfolgt auch durch die ALV. Im Rahmen der Prüfung des Anspruchs auf Arbeitslosenleistungen wird abgeklärt, ob eine Arbeitslosigkeit selbstverschuldet ist. Liegt ein Selbstverschulden vor, kann bei grobem Verschulden eine Einstellung in der Anspruchsberechtigung von bis zu 60 Tagen erfolgen.²⁴² Das Selbstverschulden wird insbesondere dann bejaht und als grob qualifiziert, wenn eine Arbeitsstelle aufgegeben wurde, obwohl ein Verbleib an dieser zumutbar gewesen wäre, ohne dass bereits eine neue zugesichert gewesen wäre.²⁴³ Dabei wird die Zumutbarkeit des Verbleibs an einer Arbeitsstelle vermutet²⁴⁴ und

²³⁶ Siehe beispielsweise: EGMR v. 05.09.2017, Appl. No. 61496/08, *Barbulescu ./. Rumänien*, und zum Ganzen: PÄRLI, Überwachung.

²³⁷ EGMR, *Barbulescu ./. Rumänien*, § 120 f.; siehe zu diesem Entscheid auch Kapitel 13, N 1024.

²³⁸ Zur Religionsfreiheit insbesondere: RIEMER-KAFKA/SHERIFOSKA; EGMR v. 15.01.2013, Appl. No. 48420/10, *Eweida u.a. ./. Vereinigtes Königreich*.

²³⁹ WILDHABER/HÄNSENBERGER, S. 401 f.

²⁴⁰ Siehe für einen Überblick: PÄRLI, Kündigungsschutz, S. 1537 f.

²⁴¹ EGMR, *Eweida u.a. ./. Vereinigtes Königreich*, § 84; *Barbulescu ./. Rumänien*, § 112; EGMR v. 05.10.2010, Appl. No. 420/07, *Köpke ./. Deutschland*.

²⁴² Art. 30 Abs. 1 lit. a AVIG i.V.m. Art. 45 Abs. 3 AVIV.

²⁴³ Art. 44 Abs. 1 lit. b AVIV; Art. 45 Abs. 4 AVIV.

²⁴⁴ Urteil BGer 8C_513/2018 v. 07.11.2018, E. 2.2.

strenger beurteilt als die Zumutbarkeit des Antritts einer neuen Stelle.²⁴⁵ So kann das Ausüben der arbeitsrechtlich gewährleisteten Kündigungsfreiheit durch eine Arbeitnehmer_in u.U. als ein Verstoß gegen die arbeitslosenversicherungsrechtliche Schadenminderungs- und Schadenverhütungspflicht gewertet werden.

So rechtfertigen etwa Unstimmigkeiten über die Höhe des Lohnes oder ein angespanntes Verhältnis mit Vorgesetzten keine Kündigung. Unter solchen Bedingungen wird erwartet, dass ein Arbeitsplatz behalten wird, bis andernorts eine neue Anstellung gefunden wurde. Auch falls der Arbeitsvertrag durch die Arbeitgeber_in wesentlich geändert wird, rechtfertigt dies aus arbeitslosenversicherungsrechtlicher Sicht keine Kündigung. Keine selbstverschuldete Arbeitslosigkeit liegt hingegen dann vor, wenn Gründe gegeben sind, die eine fristlose Kündigung seitens der Arbeitnehmer_in rechtfertigen würden.²⁴⁶

- 110 Ebenfalls als selbstverschuldete Arbeitslosigkeit kann der Stellenverlust nach einer Kündigung seitens der Arbeitgeber_in gelten, wenn dieser auf das Verhalten der Arbeitnehmer_in zurückzuführen ist, selbst wenn keine arbeitsrechtliche Pflicht verletzt wurde.²⁴⁷

Illustrativ dazu ist der Fall des sogenannten «Kristallnacht-Twitterers», der auf dem Kurznachrichtendienst Portal «Twitter» u.a. die folgende Meldung absetzte: «Vielleicht brauchen wir wieder einmal eine Kristallnacht ... diesmal für Moscheen.»²⁴⁸ Dies brachte dem Twitterer eine Kündigung seiner Arbeitgeberin – einer international tätigen Privatbank – und daraufhin 36 Einstelltage bei der ALV aufgrund selbstverschuldeter Arbeitslosigkeit ein. Er habe eventualvorsätzlich gehandelt und mit seinen Äußerungen in Kauf genommen, dass sein Arbeitsverhältnis aufgelöst werde.²⁴⁹ Erst später wurde der Twitterer (definitiv) wegen Rassendiskriminierung verurteilt.²⁵⁰ Die Frage, ob es sich bei der Kündigung durch die Arbeitgeberin um eine missbräuchliche handelte, wurde nicht gerichtlich geklärt, denn die Arbeitgeberin und der Twitterer haben sich aussergerichtlich über die Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis geeinigt.²⁵¹

²⁴⁵ BGE 124 V 234, E. 4b/bb.

²⁴⁶ Urteil BGer 8C_510/2017 v. 22.02.2018, E. 3.1 m.w.H.; weitere Beispiele auch bei NUSSBAUMER, N 838.

²⁴⁷ RUBIN, N 24 zu Art. 30 AVIG.

²⁴⁸ BGE 141 I 211.

²⁴⁹ Urteil BGer 8C_165/2015 v. 20.05.2015, E. 7.3.

²⁵⁰ Vgl. Urteil BGer 6B_627/2015 v. 04.11.2015.

²⁵¹ Urteil BGer 8C_165/2015 v. 20.05.2015, E. 7.2.

Dies führt beispielsweise zur Frage, wie sich die Meinungsäusserungsfreiheit zur arbeitslosenversicherungsrechtlichen Schadenminderungspflicht verhält und welche Einschränkungen dieser Freiheit zumutbarerweise hinzunehmen sind, um in vollem Umfang Versicherungsleistungen geniessen zu können. Dazu wurde bereits in BGE 109 V 25 festgehalten, dass die Mitgliedschaft in einer politischen Vereinigung, die nicht illegal sei, nicht zur Verneinung der Vermittlungsfähigkeit führen dürfe, selbst wenn mit der politischen Aktivität evtl. die Chancen bei gewissen Arbeitgeber_innen, insbesondere der öffentlichen Verwaltung, eine Stelle zu finden, geschmälert würden. Solange jemand in einer geschützten Weise von der Meinungsäusserungsfreiheit Gebrauch mache, könne diese grundrechtlich geschützte Tätigkeit nicht als Argument gegen die Vermittlungsfähigkeit herangezogen werden.²⁵²

Das Bundesgericht ging beim «Kristallnacht-Twitterer» von einer selbstverschuldeten Kündigung aus, da die Äusserungen in strafrechtlicher Hinsicht zumindest die Eröffnung eines Strafverfahrens wegen Rassendiskriminierung zur Folge hatten. Eine strafrechtliche Verurteilung sei jedoch nicht nötig, um das Selbstverschulden des Versicherten an der Kündigung festzustellen.²⁵³ Diese Ansicht ist insofern diskutabel, als es im Strafverfahren gerade darum ging, festzustellen, ob der Arbeitnehmer in einer verfassungsrechtlich geschützten Art und Weise von seiner Meinungsäusserungsfreiheit Gebrauch gemacht hatte. Unter diesem Aspekt wäre es zumindest wünschenswert gewesen, wenn das Gericht einige Überlegungen zur Grenze zwischen der geforderten Anpassung i.S. der Pflicht zur Schadenminderung und -verhütung und dem Grundrechtsgenuss angefügt hätte. Rückblickend war die Entscheidung des BGer durchaus korrekt, da sich der Twitterer seiner Meinungsäusserung nicht in einer verfassungsrechtlich geschützten Art bediente. Es kann aber grundlegend diskutiert werden, ob eine Kündigung für privates Verhalten, welches keinen Einfluss auf die Erfüllung der arbeitsrechtlichen Pflichten hat, als selbstverschuldete Kündigung betrachtet werden soll.

Ein Grund für die abweichende Gewichtung der Zumutbarkeit im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis und in den sozialversicherungsrechtlichen Normen kann wohl darin gesehen werden, dass zu den involvierten privaten Interessen nun das öffentliche Interesse am schonenden Umgang mit den Finanzen in die Abwägungsfrage hinzutritt. Die Eigenverantwortung wird höher gewichtet, sobald staatliche (Versicherungs-)Leistungen beansprucht werden, was auch die nachfolgenden Ausführungen (N 115 ff.) nahelegen.

²⁵² BGE 109 V 275, E. 2c; siehe hierzu auch unten N 551 ff.

²⁵³ Urteil BGer 8C_165/2015 v. 20.05.2015, E. 7.2.

C. Zumutbarkeit und selbständige Erwerbstätigkeit

- 112 Die selbständige Erwerbstätigkeit ist nicht von denselben Interessenskonflikten geprägt wie eine unselbständige Erwerbstätigkeit; die Weisungsgebundenheit und die Fürsorgepflicht entfallen. Selbständig Erwerbende sind in erhöhtem Masse der Konkurrenz auf dem freien Markt ausgesetzt. Auf diesem werden sie gegen unlautere Praktiken der anderen Marktteilnehmer_innen zumindest durch das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)²⁵⁴ und das Kartellgesetz (KG)²⁵⁵ geschützt.²⁵⁶ Hier werden die Interessen der Allgemeinheit an einem freien Markt und der Gleichbehandlung der Konkurrenten gegen das private Interesse der Profitmaximierung abgewogen.
- 113 Relevant wird die Frage nach der Zumutbarkeit einer (anderen) Arbeit für selbständig Erwerbende dann, wenn ihnen eine selbständige Erwerbstätigkeit z.B. aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr (im selben Umfang) möglich ist oder wenn ihr Geschäft nicht mehr rentabel ist. In ersterem Fall ist i.S. des IVG die Frage zu prüfen, ob eine Invalidität vorliegt. Dies setzt voraus, dass eine zumutbare Eingliederung nicht möglich ist. Bei selbständig Erwerbenden wird sodann im Rahmen der Selbsteingliederungspflicht als Ausfluss der Schadenminderungspflicht erwartet, dass sie sich in eine unselbständige Arbeitstätigkeit integrieren, sofern es ihnen dort möglich ist, ein höheres Einkommen zu erzielen.²⁵⁷ Sie haben sich somit in ein Unterordnungsverhältnis zu begeben; dieser Autonomieverlust wird ihnen grundsätzlich zugemutet.

Nicht zumutbar war dieser Wechsel in eine unselbständige Erwerbstätigkeit für einen 57-jährigen selbständigen Bauer, der keine andere Berufserfahrung vorweisen konnte und in einer leidensangepassten Tätigkeit zu 50 % arbeitsfähig gewesen wäre. Das Bundesgericht ging unter Berücksichtigung objektiver (verbleibende Aktivitätsdauer, ausgeglichener Arbeitsmarkt) und subjektiver (Alter, konkrete berufliche Situation, Verwurzelung am Wohnort) Faktoren davon aus, dass zwar ein Grenzfall vorliege, das kantonale Gericht aber sein Ermessen nicht missbraucht habe, als es von der Unzumutbarkeit des Berufswechsels ausgegangen sei.²⁵⁸

²⁵⁴ Vom 19. Dezember 1986, SR 241.

²⁵⁵ Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz) vom 6. Oktober 1995, SR 251.

²⁵⁶ Siehe dazu im Überblick: PÄRLI/STUDER, N 397 ff.

²⁵⁷ Allgemein zur Selbsteingliederungspflicht als Aspekt der Schadenminderungspflicht bereits: BGE 113 V 22, E. 4a; zur Selbsteingliederungspflicht selbständig Erwerbender: RIEMER-KAFKA, S. 194; siehe auch: LANDOLT, N 205 f.

²⁵⁸ Urteil BGer 9C_578/2009 v. 29.12.2009.

Sind die Einkünfte aus einer selbständigen Erwerbstätigkeit nicht (mehr) existenzsichernd, wird der Erwerbsausfall nicht von der ALV gedeckt und das Ersuchen um Sozialhilfe wird in vielen Fällen unumgänglich sein. Als Sozialhilfeempfänger_innen werden die Unternehmer_innen meist nach einer Übergangsfrist dazu angehalten, die selbständige Erwerbstätigkeit aufzugeben. Wird dies nicht getan, werden die Leistungen eingestellt, da die Anspruchsvoraussetzungen nicht mehr gegeben sind, oder die Hilfe wird gekürzt, weil gegen eine Auflage verstossen wurde. Dabei befreie eine selbständige Erwerbstätigkeit nicht davor, eine Teilnahme an einem sozialhilferechtlichen Beschäftigungsprogramm zu verweigern.²⁵⁹ Das Interesse an der Gleichbehandlung der Konkurrent_innen und dem Schutz vor Marktverzerrungen untersagt es, eine selbständige Erwerbstätigkeit (über längere Zeit) mit sozialhilferechtlicher Unterstützung zu subventionieren. Das private Interesse an der Ausführung einer selbständigen Erwerbstätigkeit hat häufig zurückzutreten. So sehen beispielsweise im Kanton Basel-Stadt die Unterstützungsrichtlinien vor, dass eine selbständige Erwerbstätigkeit nur vorübergehend unterstützt wird, falls ein branchenüblicher Lohn erreicht wird. Nach einem Jahr wird eine selbständige Erwerbstätigkeit nur weiter unterstützt, wenn keine Aussicht auf eine Stelle als unselbständig Erwerbende besteht.²⁶⁰

D. Zumutbarkeit in den Sozialversicherungen

1. Rechtsgrundsatz zur Begrenzung der Selbstverantwortung

Im Sozialversicherungsrecht geniesst die «Zumutbarkeit» die Stellung eines Rechtsgrundsatzes.²⁶¹ Dies bedeutet aber nicht, dass damit etwas grundsätzlich anderes als die Zweck-Mittel-Relation i.S. des dritten Teilgehalts der Verhältnismässigkeitsprüfung gemeint ist oder damit etwas anderes bezweckt werden soll.²⁶²

²⁵⁹ Siehe statt vieler: VerwG ZH, Urteil VB2013.0133 v. 05.06.2013, E. 4.2.2.

²⁶⁰ Siehe dazu: z.B. VerwG BS, Urteile VD.2014.213 v. 11.05.2015, E. 2.4; VD.2015.247 v. 20.07.2016, E. 3.3; VD.2013.118 v. 30.01.2014, E. 2.

²⁶¹ MAURER, S. 239; GÄCHTER, S. 69; LANDOLT, S. 61 ff.; RIEMER-KAFKA, S. 86.

²⁶² GÄCHTER, Zumutbarkeit, S. 232; RIEMER-KAFKA, S. 86; MEYER-BLASER, S. 17; ZIMMERLI, S. 16 f.; BAUMANN-MEISSEN, S. 86; DESPLAND, S. 45; ähnlich auch: HOFSTETTER, N 272; PÄRLI, Grundrechtliche Schranken, S. 264.

Insbesondere MAURER und LANDOLT sahen wesentliche Unterschiede zwischen dem Zumutbarkeitsgrundsatz und dem Verhältnismässigkeitsprinzip. Der Zumutbarkeitsgrundsatz habe einen weiteren Anwendungsbereich als das Verhältnismässigkeitsprinzip und komme nicht nur zum Einsatz, wenn es um eine Zweck-Mittel-Relation gehe.²⁶³ Als Beispiele führt LANDOLT u.a. die Zumutbarkeit einer Fortsetzung eines Dienstverhältnisses und die Zumutbarkeit der Ausreise für ein Familienmitglied mit Anwesenheitsrecht an. M.E sind diese Beispiele jedoch nicht treffend, um eine allfällige Unterscheidung zwischen dem Zumutbarkeitsprinzip und dem Verhältnismässigkeitsprinzip zu illustrieren. Im Gegenteil wird gerade klar, dass die durch eine Anordnung verfolgten öffentlichen Interessen (in casu: jeweils die öffentliche Sicherheit) und die betroffenen privaten Interessen (in casu: Fortdauern des Anstellungsverhältnisses zwecks Existenzsicherung; Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung zwecks Führung eines Familienlebens) auf ihre Eignung, Erforderlichkeit und ihre Zumutbarkeit i.S. einer Zweck-Mittel-Relation zu untersuchen sind. Es wird m.a.W. nicht klar, was aus dem Zumutbarkeitsprinzip i.S. eines gleichwertigen Prinzips nebst dem Verhältnismässigkeitsprinzip gewonnen wird bzw. inwiefern sich die Wertungskriterien der Zumutbarkeit unterscheiden.

So ist RIEMER-KAFKA²⁶⁴ und der überwiegenden und auch jüngeren Lehre²⁶⁵ zuzustimmen, die das Zumutbarkeitsprinzip als subjektbezogene Beurteilung der Zweck-Mittel-Relation auf die gleiche Ebene wie die objektiv zu prüfenden Elemente der Eignung und Erforderlichkeit setzt und damit in der Zumutbarkeit einen Teilaspekt der Verhältnismässigkeit i.S.v. Art. 5 Abs. 2 BV sieht.²⁶⁶ GÄCHTER fügt dieser Ansicht hinzu, dass in der neuen Bundesverfassung zwar Gesetzmässigkeit, Verhältnismässigkeit und Treu und Glauben als Grundsätze des staatlichen Handelns in Art. 5 BV festgeschrieben wurden, nicht jedoch ein spezifisches Zumutbarkeitsprinzip.²⁶⁷

- 116 Eingesetzt wird der Begriff der Zumutbarkeit gesetzssystematisch dann,²⁶⁸ wenn die Erfüllung einer Obliegenheit, einer Pflicht oder die Auferlegung eines Nachteils in einem Einzelfall zu beurteilen ist. Die Abwägung zwischen den involvierten öffentlichen und privaten Interessen gibt Antwort darauf, was einer einzelnen Person in Selbstverantwortung überbürdet werden darf und wo die Leistungspflicht der Solidargemeinschaft beginnt.²⁶⁹

²⁶³ LANDOLT, N 224 f.

²⁶⁴ RIEMER-KAFKA, S. 86.

²⁶⁵ GÄCHTER, Zumutbarkeit, S. 232; MEYER-BLASER, S. 17; ZIMMERLI, S. 16 f.; BAUMANN-MEISSEN, S. 86; DESPLAND, S. 45; ohne weitere Erläuterung: PÄRLI, Grundrechtliche Schranken, S. 264.

²⁶⁶ RIEMER-KAFKA, S. 86.

²⁶⁷ GÄCHTER, Zumutbarkeit, S. 232.

²⁶⁸ Siehe N 119.

²⁶⁹ GÄCHTER, S. 70.

Die Zumutbarkeit weist damit eine enge Verbindung zur Selbstverantwortung auf und begrenzt diese. Die Selbstverantwortung äussert sich in den Sozialversicherungen insbesondere durch die Pflicht zur Schadenminderung.²⁷⁰ Die Schadenminderungspflicht hat, wie bereits gezeigt, gerade auch in der ALV und der IV eine besondere Bedeutung; aus den jeweiligen Normen ergibt sich aber klar, dass die Zumutbarkeit der Massnahmen der Mitwirkungspflicht eine Grenze setzt.²⁷¹ So hat nur eine «zumutbare Arbeit» akzeptiert zu werden und nur an «zumutbaren Massnahmen» teilgenommen zu werden. 117

Grundsätzlich beurteilt sich die Zumutbarkeit eines bestimmten Verhaltens nach sämtlichen objektiven und subjektiven Umständen des Einzelfalls.²⁷² Die subjektiven Kriterien, wie etwa die Meinung der betroffenen Person, sind also ebenfalls in die Abwägung einzubeziehen, allerdings erfolgt dieser Einbezug nach einem objektiven Massstab. Es ist zu prüfen, ob die subjektiv vorgebrachten Gründe vor dem Erlebnishintergrund der Betroffenen ein (gefordertes) Verhalten für die objektive, vernünftige Betrachter_in unzumutbar erscheinen lassen.²⁷³ LANDOLT argumentiert, diese objektivierte Betrachtungsweise komme praktisch dem Ausschluss des subjektiven Umstandes der ablehnenden Bewertung oder Einstellung der versicherten Person gleich, was sachlich nicht vertretbar sei.²⁷⁴ 118

Als Beispiel führt LANDOLT den Fall einer zerebral gelähmten IV-Versicherten an, die eine IV-Rente beantragte. Das BGer hielt jedoch fest, ihre Tätigkeit als Fussstrickerin sei zumutbar und erlaube es ihr, ein rentenausschliessendes Einkommen zu erwirtschaften. Das BGer argumentiert, «dass das Mass dessen, was einem Versicherten an Erwerbstätigkeit noch zugemutet werden kann, sich nach den besonderen persönlichen Verhältnissen des Invaliden einerseits und nach den allgemein herrschenden Anschauungen andererseits richtet. Für die Beurteilung dessen, was als noch zumutbar zu gelten hat, ist letztlich aber insofern das objektive Mass des Zumutbaren massgebend, als es nicht auf eine bloss subjektiv ablehnende Bewertung der fraglichen Erwerbstätigkeit durch den Versicherten ankommt.»²⁷⁵ Die invaliditätshalber mit dem Mund oder mit den Füßen ausgeübte handwerkliche oder künstlerische Betätigung werde von der Allgemeinheit positiv gewürdigt und sei daher nicht als menschenunwürdig zu betrachten.²⁷⁶

²⁷⁰ Etwa: RIEMER-KAFKA, S. 3 ff., 169 ff.

²⁷¹ Ausdrücklich für Art. 7 IVG: BGE 145 V 2, E. 4.2.1.2.

²⁷² Statt vieler: MAURER, S. 236.

²⁷³ MAURER, S. 237; RIEMER-KAFKA, S. 87.

²⁷⁴ LANDOLT, S. 119 f.; siehe auch: DESPLAND, S. 45 f.

²⁷⁵ BGE 109 V 25, E. 3c.

²⁷⁶ BGE 109 V 25, E. 3c.

2. Gesetzliche Verankerung der Zumutbarkeit

- 119 Die Verbindung der Schadenminderungspflicht zur Zumutbarkeit ist im gesamten Leistungsrecht der Sozialversicherungen omnipräsent.²⁷⁷ Besondere Bedeutung hat dabei auch die Leistung von zumutbarer Arbeit als Ausfluss der Schadenminderungspflicht und der Selbstverantwortung. Dieser Begriff begrenzt die Leistungspflicht der Sozialversicherungen sowohl bei einer Arbeitsunfähigkeit (Art. 6 ATSG), bei einer Erwerbsunfähigkeit (Art. 7 ATSG) – entsprechend auch bei der Invalidität (Art. 8 ATSG) – als auch bei Arbeitslosigkeit (Art. 15 AVIG).²⁷⁸
- 120 Gesetzessystematisch lässt sich beobachten, dass die Zumutbarkeit manchmal gar nicht weiter definiert wird und so als unbestimmter Rechtsbegriff verwendet wird, was der Rechtsanwendung die Aufgabe der einzelfallgerechten Anwendung und der Interessenabwägung überträgt.²⁷⁹ In Art. 16 Abs. 2 AVIG wird der Begriff «zumutbare Arbeit» kasuistisch umschrieben,²⁸⁰ was den Beurteilungsspielraum der Rechtsanwendung kanalisiert.²⁸¹ Andernorts nimmt die Gesetzgeberin die Abwägung zwischen Eigenverantwortung und Solidarität bereits selber vor.²⁸² Als Beispiel dafür ist insbesondere Art. 7a IVG zu nennen, wo eine Unzumutbarkeit (nur) dann gegeben ist, wenn eine Massnahme dem Gesundheitszustand nicht angemessen ist.

3. Besondere Bedeutung bei der Aktivierung

- 121 Die Normen, die zur Schaffung des zweiten Arbeitsmarkts geführt haben, gehen einher mit einer akzentuierten Betonung der Schadenminderungspflichten und dabei wurden teilweise die Zumutbarkeitskriterien verschärft.²⁸³ Dies aktualisiert die Frage, in welchem Umfang diese Pflichten tatsächlich noch zumutbar sind und wo die Grenze zwischen der Selbstverantwortung und der Solidarität zu ziehen ist.

²⁷⁷ Eine umfassende Darstellung dieser Normen würde hier den Rahmen sprengen; vgl. aber etwa LANDOLT und RIEMER-KAFKA für umfassende, wenn auch nicht sehr aktuelle Darstellungen.

²⁷⁸ Siehe N 48 f.

²⁷⁹ GÄCHTER, Zumutbarkeit, S. 234.

²⁸⁰ MAURER, S. 231.

²⁸¹ GÄCHTER, Zumutbarkeit, S. 234.

²⁸² GÄCHTER, Zumutbarkeit, S. 233.

²⁸³ Siehe oben N 57 und N 58.

Die Abgrenzung zwischen einer zumutbaren und einer unzumutbaren Massnahme zur Schadenminderung lässt sich nicht kontextunabhängig definieren. Die Zumutbarkeit findet im Sozialversicherungsrecht ihre Grenzen nicht nur in der individuellen Opfergrenze,²⁸⁴ sondern auch in den verfassungs- und völkerrechtlich garantierten Rechten der versicherten Person resp. wird die Pflichtengrenze gerade durch die darin enthaltenen Grund- und Menschenrechte konkretisiert und mit definiert. Dies zeigt sich v.a. auch in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, wonach die Zumutbarkeit der Schadenminderungspflicht unter Berücksichtigung der grundrechtlich geschützten Betätigungsfelder der versicherten Person beurteilt werden muss.²⁸⁵ Die Verhaltenspflichten, die einer Person auferlegt werden, sind grundsätzlich als Beschränkung der persönlichen Freiheit zu sehen. Auch andere Grundrechte können betroffen sein. Zu denken ist an die Glaubens- und Gewissensfreiheit, aber auch an die Berufsfreiheit als spezifische Ausprägung der Wirtschaftsfreiheit. Zwischen dem Interesse der Schadenminderung, welches in erster Linie durch ein finanzielles öffentliches Interesse getragen wird, und dem privaten Interesse am Genuss der Grundrechte ist ein Ausgleich zu finden.

E. Zumutbarkeit in der Sozial- und Nothilfe

Sowohl in der Sozial- als auch in der Nothilfe gilt der Grundsatz, dass Leistungen nur denjenigen zur Verfügung stehen, die nicht in der Lage sind, sich selber zu helfen resp. selber für sich zu sorgen (Subsidiaritätsprinzip). Gemäss diesem Prinzip gehen zumutbare Formen der Selbsthilfe – und dabei vor allem auch die Leistung von zumutbarer Arbeit – der staatlichen Unterstützung vor. Das Subsidiaritätsprinzip grenzt mit anderen Worten die Leistungspflicht der Sozialhilfe und der Nothilfe von der Möglichkeit der Selbsthilfe – und damit von der Sphäre der Eigenverantwortung –, aber auch von derjenigen der Leistungspflicht anderer sozialer Leistungsträger und anderer Leistungen Dritter ab. Im Subsidiaritätsprinzip findet sich dementsprechend eine starke Überschneidung mit dem in den Sozialversicherungen geltenden Zumutbarkeitsprinzip.²⁸⁶ Auch die Subsidiaritätsprüfung im sozial- und nothilferechtlichen Sinn ist eng mit einer Zumutbarkeits-

²⁸⁴ Dieser Begriff wurde u.a. PETERS-LANGE SUSANNE, Zumutbarkeit von Arbeit. Ein Plädoyer zur Rechtsfortentwicklung, Köln 1992, S. 34, entnommen.

²⁸⁵ BGE 113 V 22; BGE 118 V 206; MURER, Zumutbarkeit, S. 10; RIEMER-KAFKA, S. 58; LANDOLT, S. 97 f.; PÄRLI, Grundrechtliche Schranken, S. 261.

²⁸⁶ GÄCHTER, S. 61.

prüfung verknüpft.²⁸⁷ Die Zumutbarkeit wird somit auch hier dann relevant, wenn es darum geht, eigenverantwortliches Verhalten einzufordern und die solidarische Leistungspflicht zu beschränken.

- 124 Da es sich bei der Sozialhilfe um eine kantonale Kompetenz handelt und auch die Ausrichtung von Nothilfe den Kantonen überlassen ist, sind die 26 kantonalen gesetzlichen Grundlagen zu konsultieren, um Aussagen darüber treffen zu können, wie der Begriff «zumutbare Arbeit» im Zusammenhang mit Beschäftigungsprogrammen gesetzessystematisch eingesetzt wird.²⁸⁸ Festzuhalten ist jedoch bereits, dass die Relevanz der Zumutbarkeit in der Sozial- und Nothilfe sich auch alleine daraus ergibt, dass es sich um Gebiete des öffentlichen Rechts handelt und staatliches Handeln im Mittelpunkt steht. Dieses hat verhältnismässig zu sein und somit die betroffenen öffentlichen und privaten Interessen in ein angemessenes Verhältnis zu setzen (Art. 5 Abs. 2 BV).
- 125 Weiter haben auch in der Sozial- und Nothilfe die grundrechtlich geschützten Betätigungsmöglichkeiten der Leistungsansprecher_innen geschützt zu werden.²⁸⁹ Das heisst, die Frage, was im Sinne der aktivierenden Sozialhilfe als zumutbare Eigenleistung und zumutbare Integrationsmassnahme von einer Person gefordert werden darf, ist unter Berücksichtigung der Grundrechte- und Menschenrechte zu bestimmen. Ist die unter Androhung des Leistungsentzugs angeordnete Teilnahme an einem Beschäftigungsprogramm eine zulässige Einschränkung der persönlichen Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV)? Ist es in Anbetracht der Berufswahlfreiheit (Art. 27 Abs. 2 BV) erlaubt, jemanden zu einer Arbeit anzuhalten, die nicht seiner Ausbildung oder seinen Wünschen entspricht? Lässt es die Menschenwürde zu, dass die Teilnahme an einem Programm als Anspruchsvoraussetzung für diejenigen Mittel gilt, die für ein menschenwürdiges Dasein unerlässlich sind?

²⁸⁷ STUDER/PÄRLI, S. 1389; UEBERSAX, S. 47.

²⁸⁸ Siehe Kapitel 3, N 351 ff.

²⁸⁹ WIZENT, S. 242.

VII. Zusammenfassung Kapitel 1

Arbeit und Existenzsicherung sind eng miteinander verbunden. In allen Bereichen – egal, ob die Existenz durch eine Arbeit im ersten Arbeitsmarkt, durch ein sozialversicherungsrechtliches Ersatzeinkommen oder durch Sozialhilfe gesichert wird – werden *Erwartungen an die Leistung von Arbeit* gestellt, die in jedem Bereich der Existenzsicherung begrenzt werden: *Was nicht zumutbar ist, muss nicht geleistet werden.* Diese Grenze ist *bereichsspezifisch und kontextabhängig* zu bestimmen. Die Zumutbarkeit ist eine *individuelle Opfergrenze*, die jeweils insbesondere durch die grund- und menschenrechtlich geschützten Betätigungsfelder zu konkretisieren ist. Dabei ist wichtig, hervorzuheben, dass die sozialversicherungs- oder sozialhilferechtliche Definition einer Arbeit als zumutbar oder unzumutbar gleichzeitig auch (mit-)definiert, was eine würdige und zu akzeptierende Arbeit im ersten Arbeitsmarkt ausmacht. Der Begriff hat also eine *wichtige Funktion*, wenn es darum geht, festzulegen, unter welchen Bedingungen zu arbeiten gesellschaftlich akzeptiert ist, und kann einen *Schutz gegenüber der Verbreitung von prekären Arbeitsstellen* bieten.²⁹⁰ 126

Das Arbeiten im *ersten Arbeitsmarkt* ist wesentlich von der *Vertragsfreiheit* geprägt. Durch das OR, die zwingenden Bestimmungen des ArG, die sozialversicherungsrechtliche Abdeckung und weitere Schutzbestimmungen, z.B. des GlG, wird jedoch die *schwächere – arbeitnehmende – Partei geschützt*. Wesentlich für den Schutz vor Übervorteilungen sind zudem die Bestimmungen des kollektiven Arbeitsrechts und insbesondere der GAV. Die *Grundrechte* der Arbeiter_innen werden mittels Normen, die eine *indirekte Drittwirkung* derselben zulassen, geschützt. 127

Selbständig Erwerbende geniessen zwar mehr Freiheiten; ihnen wird dafür zugemutet, die im Vergleich zu einer unselbständigen Erwerbstätigkeit fehlende Daseinsvorsorge selber auszugleichen. 128

Personen, die ihre Existenz durch ein *sozialversicherungsrechtliches (Erwerbsersatz-)Einkommen* decken müssen, trifft die *Pflicht zur Schadenminderung*, und als Ausdruck dieser Pflicht wird von ihnen erwartet, dass sie sich möglichst rasch wieder in den Erwerbsprozess (re-)integrieren. In diesem Rahmen sind sie verpflichtet, an Eingliederungsmassnahmen teilzunehmen. Dadurch wird eine Arbeitsleistung ausserhalb des ersten Arbeitsmarkts eingefordert. Dabei unterscheiden sich die Rahmenbedingungen des Arbeitens wesentlich von denjenigen 129

²⁹⁰ Ähnlich: DERMINE, Sutable Employment, S. 158.

im ersten Arbeitsmarkt, insbesondere was die Entscheidungsfreiheit anbelangt, da das Ablehnen eines Arbeitseinsatzes mit Leistungskürzungen verbunden ist. Ein Arbeitseinsatz findet hier in einem Dreiecksverhältnis statt und die gegenseitigen Pflichten unterscheiden sich von denjenigen in einem Arbeitsverhältnis im ersten Arbeitsmarkt. Die Bedeutung für die soziale Sicherheit ist ebenfalls eine andere.

- 130 Im Sinne der Zumutbarkeitsüberlegungen hat nunmehr das *private Interesse auf Schutz der Persönlichkeit gegen die Pflicht auf Schadenminderung* abgewogen zu werden und so wird bei Arbeitseinsätzen, die im Zuge einer aktivierenden Sozialpolitik eingeführt wurden, den Sozialversicherten anderes zugemutet als im ersten Arbeitsmarkt. Die grundrechtlich geschützten Betätigungsfelder werden zwar berücksichtigt, aber bei Normen, welche wenige Kriterien zur Umgrenzung der Zumutbarkeit vorsehen – wie z.B. Art. 7a IVG –, stellt sich die Frage, inwiefern sie einer grundrechtskonformen Auslegung noch zugänglich sind.
- 131 Personen, die ihre Existenz weder durch eine Erwerbstätigkeit im ersten Arbeitsmarkt noch durch ein sozialversicherungsrechtliches Ersatzeinkommen (ausreichend) zu sichern vermögen, können einen Anspruch auf *Sozialhilfe* geltend machen. Auch hier haben sich im Zuge der aktivierenden Sozialpolitik die Erwartungen an eine rasche Reintegration in den Erwerbsprozess erhöht und es wurden zu diesem Zweck Arbeits- und Beschäftigungsprogramme geschaffen.
- 132 Die Forderung nach Eigenverantwortung und die Verbreitung einer aktivierenden Sozialpolitik mittels Beschäftigungsprogrammen sind also *keine sozialhilferechtliche Besonderheit*. Schon eher eine Besonderheit stellt es dar, dass sich eine Entwicklung in allen Zweigen des Sozialstaates durchsetzen konnte, obwohl diese sich historisch unabhängig voneinander entwickelt haben, sie sich vor allem auch durch (föderal) unterschiedliche Organisationsstrukturen auszeichnen²⁹¹ und jeder Zweig eine andere Aufgabe zu erfüllen hat.
- 133 *Das Arbeiten in einem sozialhilferechtlichen Beschäftigungsprogramm unterscheidet sich wesentlich von demjenigen im ersten Arbeitsmarkt*; aber auch von demjenigen in einem sozialversicherungsrechtlichen Arbeitsprogramm. Die *Entscheidungsfreiheit* ist zusätzlich eingeschränkt, da die Sozialhilfe das letzte soziale Sicherungsnetz ist und bei einer Leistungskürzung oder Einstellung die finanzielle Situation (noch) prekärer wird. Aufgrund der kantonalen (teils kommunalen) Kompetenzen ist der *Regelungsrahmen weniger klar*; wobei grundsätzlich von einem *doppelten Unterordnungsverhältnis* auszugehen ist. Gerade die kantonale Regelungshoheit macht es schwierig, festzustellen, wer und wie viele Personen in

²⁹¹ DOMENICONI/TECKLENBURG/WYER, S. 249 f.

einem sozialhilferechtlichen Beschäftigungsprogramm zum Einsatz kommen und wie ein Einsatz ausgestaltet ist. Schliesslich wurde gezeigt, dass die (Nicht-)Teilnahme an einem sozialhilferechtlichen Beschäftigungsprogramm auch das *Recht auf Hilfe in Notlagen gem. Art. 12 BV beeinflussen kann*.

Im Rahmen der Sozialhilfe und der sozialhilferechtlichen Beschäftigungsverhältnisse stellen sich einerseits dieselben Fragen wie in den vorgelagerten Sicherungssystemen – die aber wiederum kontextabhängig zu beantworten sind – und andererseits besondere Fragen. Die *übergeordnete interessierende Frage* ist, *wie in der Sozialhilfe die Grenze zwischen zumutbarer Selbsthilfe oder Eigenverantwortung einerseits und staatlicher Unterstützung und Solidarität andererseits zu ziehen ist* und wo die daraus abzuleitende *individuelle Opfergrenze* i.S. der Zumutbarkeit liegt. 134

Selbst wenn davon ausgegangen wird, dass das Phänomen der sozialhilferechtlichen Beschäftigungsverhältnisse nur einen Bruchteil der lediglich 3,2 % Sozialhilfebezüger_innen betrifft, bleibt diese Frage relevant, da es sich um *den (mensenrechtlichen) Kern des Sozialsystems* handelt. Es ist deswegen zu prüfen, wie die schwächere Partei gegen den wirtschaftlichen und sozialen Machtmissbrauch des stärkeren Partners geschützt wird. Diese Frage stellt sich hier sogar in doppelter Hinsicht: nämlich in Bezug auf das Verhältnis zwischen Sozialdienst und Sozialhilfeempfänger_in und auf das Verhältnis zwischen Einsatzbetrieb und Sozialhilfeempfänger_in. 135

Kapitel 2 Grundzüge des Sozialhilferechts und des Rechts auf Hilfe in Notlagen

I. Einleitung

- 136 In diesem Kapitel werden die Grundzüge des Sozialhilferechts und des Rechts auf Hilfe in Notlagen gem. Art. 12 BV erläutert. Dabei wird geklärt, in wessen Kompetenz die Ausrichtung der Hilfe und die weitergehende Gesetzgebung fallen. Weiter werden Leistungsniveau, Ziel und Aufgabe des jeweiligen Systems vorgestellt. Damit werden die Grundsätze erläutert, welche notwendig sind, um den rechtlichen Rahmen, in welchem sozialhilferechtliche Beschäftigungsverhältnisse stattfinden, zu erfassen.
- 137 In N 63 ff. wurde bereits festgestellt, dass die Sozialhilfe grundsätzlich diejenigen Personen zu unterstützen hat, die unter der Armutsgrenze leben und ihren Existenzbedarf nicht rechtzeitig durch eigene Mittel decken können. Zusätzlich interessiert nun, welche Stellung die SKOS-Richtlinien in den Kantonen geniessen und welche Grundprinzipien das Sozialhilferecht aller Kantone prägen und daher eine besondere normative Relevanz haben (II).
- 138 In Bezug auf das Recht auf Hilfe in Notlagen ist u.a. zu klären, was der Schutzbereich dieses sozialen Grundrechts ist, ob es eingeschränkt werden kann und welche Anspruchsvoraussetzungen zu erfüllen sind. Schliesslich ist das Verhältnis zwischen dem Recht auf Hilfe in Notlagen und dem Recht auf Sozialhilfe zu klären (III).
- 139 Es erfolgen dabei erste Hinweise auf die zur Beurteilung der Zumutbarkeit einer Arbeit in einem sozialhilferechtlichen Beschäftigungsverhältnis besonders relevanten Aspekte.

II. Grundzüge des Sozialhilferechts

A. Kompetenzen und Quellen

1. Kantonale Kompetenz

Die Bundesverfassung enthält keine Norm, welche die Kantone ausdrücklich zur 140
Etablierung eines Sozialhilfeunterstützungssystems verpflichtet. Art. 115 BV re-
gelt lediglich, dass Bedürftige von ihrem Wohnkanton unterstützt werden, was
jedoch eine Unterstützungspflicht der Kantone (implizit) voraussetzt.²⁹² Der Bund
regelt gestützt auf Art. 115 BV die Zuständigkeiten, was mit Erlass des ZUG er-
folgt ist.²⁹³

Gemäss der interkantonalen Zuständigkeitsregelung des ZUG²⁹⁴ ist der Kanton 141
für die Unterstützung der Bedürftigen zuständig, in welchem sich eine bedürftige
Person mit der Absicht des dauernden Verbleibens aufhält.²⁹⁵ Trotz des Auftrags,
die Zuständigkeit zu regeln, nimmt das ZUG auch materiell Einfluss auf die Aus-
gestaltung der Sozialhilfe. Der Begriff der «Bedürftigkeit» wird umschrieben und
somit werden auch die Anspruchsvoraussetzungen angesprochen.²⁹⁶ Als bedürftig
gilt, wer für seinen Lebensunterhalt nicht hinreichend oder nicht rechtzeitig aus
eigenen Mitteln aufkommen kann (Art. 2 Abs. 1 ZUG). Der Begriff «Bedürftige»
soll eine Abgrenzung zu den «Personen in Notlage» nach Art. 12 BV herstellen.
Die terminologische Unterscheidung ist wichtig, da der Anspruch auf Sozialhilfe
über denjenigen auf Nothilfe hinausgeht.²⁹⁷ Dass eine über Art. 12 BV hinaus-
gehende Sicherung zu bieten ist, fordert auch die Umsetzung des Sozialziels in
Art. 41 Abs. 1 lit. a BV, wonach alle Personen an der sozialen Sicherheit teilhaben
sollen, explizit.²⁹⁸

²⁹² BIAGGINI, N 4 zu Art. 115 BV; RIEDI HUNOLD, St. Galler Kommentar, N 3 zu Art. 115 BV; HÄNZI, S. 65; WIZENT, S. 125; STUDER/PÄRLI, S. 1388; MÜLLER J. P., S. 180, weist darauf hin, dass Art. 115 BV daher mehr als eine reine Konfliktregel sei.

²⁹³ HÄNZI, S. 65; das ZUG wurde bereits mit der Aufhebung der Beschränkung der Niederlassungsfreiheit für Schweizer Bürger_innen eingeführt.

²⁹⁴ RÜEGG, S. 33.

²⁹⁵ Art. 4 Abs. 1 ZUG.

²⁹⁶ HÄNZI, S. 67.

²⁹⁷ RIEDI HUNOLD, St. Galler Kommentar, N 2 zu Art. 115 BV; siehe dazu auch unten N 216.

²⁹⁸ GÄCHTER/FILIPPO, BSK-BV, N 20 zu Art. 115 BV; BIAGGINI, N 4 zu Art. 115 BV; WIZENT, S. 125.

In die Bundeskompetenz fällt die Regelung der Unterstützung und die Unterstützung an sich von bedürftigen Auslandschweizer_innen.²⁹⁹ Die entsprechenden Regeln der Art. 22 ff. des Auslandschweizergesetzes³⁰⁰ werden in dieser Arbeit nicht weiter behandelt.

Wie einleitend erwähnt (N 11) wird auch die Unterstützung Asylsuchender nicht unwesentlich durch bundesrechtliche Vorgaben, die gestützt auf Art. 122 Abs. 1 BV erlassen wurden, geregelt.³⁰¹ Auch diese Normen werden nachfolgend nicht weiter behandelt.

- 142 Das Sozialhilferecht in allen Bereichen zu regeln, die nicht die interkantonale Zuständigkeit betreffen, fällt in die subsidiäre Generalkompetenz (Art. 3 BV) der Kantone. Sie alleine sind zuständig, die Sozialhilfe inhaltlich auszugestalten, denn eine dahingehende Bundeskompetenz ist nicht gegeben.³⁰² Eine solche ergibt sich insbesondere auch nicht aus Art. 2, Art. 41 oder aus Art. 12 BV.³⁰³
- 143 Für die Umsetzung der Forderung nach einem Bundesrahmengesetz³⁰⁴ für die Sozialhilfe wäre somit wohl eine Verfassungsänderung notwendig, mit welcher eine Kompetenz des Bundes zur Gesetzgebung geschaffen werden müsste.³⁰⁵

²⁹⁹ Art. 40 Abs. 2 BV; Art. 1 Abs. 2 ZUG.

³⁰⁰ Bundesgesetz über Schweizer Personen und Institutionen im Ausland (ASG) vom 26. September 2014, SR 195.1.

³⁰¹ Siehe ausführlich dazu: WIZENT, S. 125 ff.; HÄNZI, S. 56 ff.

³⁰² GÄCHTER/FILIPPO, BSK-BV, N 13 zu Art. 115 BV; WIZENT, S. 125.

³⁰³ WIZENT, S. 125.

³⁰⁴ Siehe für eine eingehende Übersicht: WALDBURGER CADICCA, Bundesrahmengesetz für die Sozialhilfe, Zürich 2018, N 40 ff.; siehe auch: Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulats 13.4010 der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrats «Rahmengesetz für die Sozialhilfe» vom 6. November 2013, www.bsv.admin.ch (Sozialpolitische Themen / Soziale Absicherung und Integration / Ausgestaltung der Sozialhilfe), besucht am 30.04.2021, S. II, in welchem der Bundesrat die Ansicht äussert, dass die Leistungsvoraussetzungen, die Mindestleistungen, die Leistungen für die soziale und berufliche Integration sowie die Koordination der Sozialhilfe mit anderen Leistungssystemen in einem verbindlichen Rahmen für die ganze Schweiz definiert werden sollten.

³⁰⁵ Statt vieler: GÄCHTER/FILIPPO, BSK-BV, N 13 zu Art. 115 BV; WIZENT, S. 125; BIAGINI, N 4 zu Art. 115 BV.

2. Kommunalen Vollzug und Gemeindeautonomie

In vielen Kantonen weisen die kantonalen Sozialhilfegesetze den Vollzug der individuellen Sozialhilfe den Gemeinden zu.³⁰⁶ Es ist dort Aufgabe der Gemeinde, die Leistungen auszurichten und im Einzelfall über die zu erteilenden Weisungen und Auflagen zu entscheiden; kantonal organisiert ist die Sozialhilfe etwa im Kanton Basel-Stadt³⁰⁷ oder im Kanton Genf³⁰⁸. 144

Das Gesetz kann den Gemeinden mehr oder weniger Autonomie beim Vollzug ihrer Aufgaben und bei der Ausgestaltung des individuellen sozialhilferechtlichen Unterstützungsverhältnisses zugestehen. Ob eine Gemeinde autonom ist, entscheidet sich nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichts danach, ob das kantonale Recht einen Sachbereich «nicht abschliessend ordnet, sondern ihn ganz oder teilweise der Gemeinde zur Regelung überlässt und ihr dabei eine relativ erhebliche Entscheidungsfreiheit einräumt».³⁰⁹ Ist dies gegeben, sind die Gemeinden aufgrund ihrer Autonomie – welche ihnen als geschriebenes oder ungeschriebenes kantonales Verfassungsrecht zusteht³¹⁰ und im Rahmen, in dem die Kantone sie gewähren, auch durch Art. 50 Abs. 1 BV gewährleistet ist – zur Beschwerde gegen Entscheide befugt (Art. 89 Abs. 2 lit. c BGG). Bei der Überprüfung solcher Entscheide haben die Rechtsmittelbehörden eine eingeschränkte Kognition. Es ist ihnen insbesondere keine Angemessenheits-, sondern nur eine Rechtskontrolle gestattet.³¹¹ 145

Dieser «relativ erhebliche» Entscheidungsspielraum wird nicht bereits durch das Einsetzen von unbestimmten Rechtsbegriffen in der Gesetzgebung als gegeben er- 146

³⁰⁶ WIZENT, S. 154 mit zahlreichen Beispielen; auch bereits: WOLFFERS, S. 59.

³⁰⁷ § 7 Abs. 1 SHG/BS; siehe auch: HÄNZI, S. 290.

³⁰⁸ Art. 3 LIASI/GE und Art. 30 ff. RIASI/GE, siehe auch dazu: WIZENT, S. 154.

³⁰⁹ BGE 141 I 36, E. 5.3; BGE 138 I 242, E. 5.2.

³¹⁰ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 1902.

³¹¹ Beispiele aus den kantonalen Verwaltungsverfahrensgesetzen: Art. 66 und Art. 80 Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG) vom 23. Mai 1989 des Kantons Bern, Bernische Systematische Gesetzessammlung, 155.21; § 20 und § 50 Verwaltungsrechtspflegegesetz (VRG) vom 24. Mai 1959 des Kantons Zürich, Zürcher Gesetzesammlung, 175.2; Art. 33 Loi sur la procédure et la juridiction administratif (LPJA) vom 27. Juni 1979 des Kantons Neuenburg, Recueil systématique de la législation neuchâteloise 152.130; zudem aus der kantonalen Rechtsprechung: VerwG AG, Urteil WBE.2008.315 v. 23.12.2008, E. 2.3; BVR 2008, S. 221 ff., E. 1.5; BVR 2003, S. 361 ff., E. 1.5; VerwG BE, Urteil 21576 U v. 05.03.2003, E. 1c; VerwG ZH, Urteil VB.2013.0775 v. 03.04.2014, E. 5.1.

achtet. Die Sozialhilfegesetze der Kantone sind von vielen unbestimmten Rechtsbegriffen durchzogen, was den Sozialhilfebehörden erlauben soll, eine sachgerechte Entscheidung im Einzelfall zu treffen. Dies gilt auch für die Frage, ob eine Arbeit zumutbar ist. Dadurch soll nicht eine Entscheidungsfreiheit eingeräumt werden, um den lokalen Bedürfnissen Rechnung zu tragen, sondern es geht darum «in jedem Einzelfall im Interesse der Betroffenen sachgerechte Entscheidungen» zu finden.³¹² Somit ist nicht von einem geschützten Autonomiebereich auszugehen.

Die Rechtsprechung zur Beschwerdelegitimation der Gemeinden ausserhalb der Autonomiebeschwerde wurde mit BGE 140 V 329 klargestellt; soweit ersichtlich wurde die Beschwerdelegitimation einer Gemeinde vor Bundesgericht im Bereich des Sozialhilferechts vor dieser Entscheidung und ebenfalls soweit ersichtlich seither nie verneint.³¹³

3. Stellung der SKOS-Richtlinien

- 147 Die Schweizerische Konferenz für Sozialhilfe (SKOS) ist der nationale Fachverband für Sozialhilfe. Unter ihren Mitgliedern finden sich alle Kantone und viele Gemeinden sowie Bundesämter und private Organisationen des Sozialwesens.³¹⁴ Eine der wichtigsten Aufgaben der SKOS ist es, die Richtlinien zur Ausgestaltung und Bemessung der Sozialhilfe herauszugeben. Diese Richtlinien verfolgen in Anbetracht der kantonalen Kompetenz, die zu einer grossen föderalen Vielfalt in der Ausgestaltung der sozialhilferechtlichen Unterstützungspraxis geführt hat, u.a. das Ziel, die gesamtschweizerische Unterstützungspraxis zu vereinheitlichen.³¹⁵ Dahinter steht der Gedanke, dass (zu grosse) Unterschiede in der Unterstützungspraxis im Hinblick auf die zu gewährende Rechtsgleichheit, Rechtssicherheit und willkürfreie Behandlung problematisch sind.³¹⁶ Ihr Beitrag diesbezüglich ist nicht zu unterschätzen.³¹⁷ Wie oben dargelegt, sind die in den SKOS-Richtlinien festgelegten Unterstützungsansätze relevant für die Bestimmung der Armutsquote (N 64).

³¹² Urteil BGer 8C_500/2012 v. 22.11.2012, E. 3.3.

³¹³ Siehe BGE 140 V 328, E. 6.2; anders jedoch noch: VerwG SO, Urteil VWBES.2010.149 v. 09.08.2010.

³¹⁴ SCHWEIZERISCHE KONFERENZ FÜR SOZIALHILFE, www.skos.ch (Die SKOS), besucht am 30.04.2021.

³¹⁵ AMSTUTZ, S. 51 f.; HÄNZI, S. 171.

³¹⁶ AMSTUTZ, S. 52.

³¹⁷ So auch: WIZENT, S. 162.

Die Richtlinien der SKOS sind nicht verbindlich im Sinne einer direkt anwendbaren gesetzlichen Grundlage – sie sind auch nicht in den Gesetzessammlungen der Kantone publiziert.³¹⁸ Es ist jeweils für jeden Einzelfall gestützt auf das kantonale Recht zu klären, ob und inwiefern die SKOS-RL auf einen bestimmten Sachverhalt anwendbar sind. In allen Kantonen gelten die Richtlinien zumindest zur Orientierung.³¹⁹ Gewisse Kantone verweisen zwar auf die SKOS-RL, haben jedoch teilweise umfassende Ausnahmen zum Anwendungsbereich der Richtlinien erlassen.³²⁰ 148

13 Kantone verweisen auf Gesetzesstufe darauf, dass die SKOS-RL für die Ausgestaltung des Unterstützungsverhältnisses zu beachten sind. 12 Kantone kennen einen solchen Hinweis auf Verordnungsstufe. Ein Kanton verweist im kantonalen Handbuch auf die Richtlinien.³²¹ Durch diesen Verweis auf die SKOS-RL werden sie für die rechtsanwendenden Behörden verbindlich.³²² 149

Das Bundesgericht sieht die Gemeindeautonomie nicht verletzt, wenn das kantonale Gesetz die Richtlinien für anwendbar erklärt.³²³ Bei der Frage nach einer Sicherung menschenwürdiger Existenzbedingungen handelt es sich gem. BGer um eine Frage, die «wesensgemäss nach einem einheitlichen Massstab» ruft.³²⁴ 150

Etwas komplexer wird die Frage nach der Verbindlichkeit der SKOS-RL dadurch, dass das Bundesgericht einerseits festhält, ein Verweis auf die SKOS-RL verpflichte die Behörden nicht zwingend, diese bis ins letzte Detail anzuwenden. Beabsichtige eine Behörde, von den Richtlinien abzuweichen, müsse sie die Gründe dafür nennen.³²⁵ Andererseits hat das Bundesgericht festgehalten, ein Verweis auf die SKOS-RL sei verbindlich, und sich anschliessend zur Begründung von 151

³¹⁸ WIZENT, S. 160; wobei die SKOS-RL zumindest im Kanton Aargau als Anhang zur Sozialhilfe- und Präventionsverordnung (SPV/AG) publiziert sind.

³¹⁹ SCHWEIZERISCHE KONFERENZ FÜR SOZIALHILFE, Monitoring, S. 4.

³²⁰ Z.B.: § 10 SPV/AG.

³²¹ Siehe zur Übersicht: SCHWEIZERISCHE KONFERENZ FÜR SOZIALHILFE, Monitoring, S. 4.

³²² WIZENT, S. 160.

³²³ Siehe etwa: Urteil BGer 8C_100/2017 v. 14.06.2017, E. 7.3.1; Urteil BGer 8C_500/2012 v. 22.11.2012, E. 7.2.2; allgemein zur Gemeindeautonomie im Sozialhilferecht: Urteil BGer 8C_464/2009 v. 01.02.2010, E. 4.3.2 sowie E. 9 zur Herbeiziehung der SKOS-Richtlinien. So auch bereits: AMSTUTZ, S. 53; WOLFFERS, S. 139.

³²⁴ AMSTUTZ, S. 53, m.H.a. Urteil BGer 2P.240/1995 vom 22.01.1996, in: ZBl 1997 (98), S. 414 ff., S. 419, E. 3c.

³²⁵ BGE 136 I 129, E. 8.

Pflichten der Sozialhilfeempfänger_innen ohne weitere Begründung direkt auf die Richtlinien gestützt.³²⁶

- 152 Insbesondere bei einer dynamischen Verweisung auf das Regelwerk von Dritten – wie hier der SKOS – stellen sich nicht unerhebliche rechtstheoretische Probleme. Als dynamische Verweisung ist diejenige auf die «jeweils aktuelle Ausgabe der Richtlinien» zu verstehen. Durch eine solche Verweisungstechnik werden Regeln für massgeblich erklärt, welche die Gesetz- resp. Verordnungsgeber_in im Zeitpunkt der Verabschiedung der Verweisungsnorm nicht kennt. Dies kann mitunter auch i.S. des Legalitätsprinzips problematisch sein.³²⁷

4. Stellung der Behördenhandbücher

- 153 Die Behördenhandbücher der Kantone zur Sozialhilfe nehmen die Funktion ein, die gesetzlichen Grundlagen zu konkretisieren, und sind aufgrund der bestehenden Ermessensspielräume wichtig. Sie sind als «Wegweiser» für die fallführenden Personen in den Gemeinden von Bedeutung und leisten einen Beitrag zum rechtsgleichen Vollzug des Sozialhilferechts und zur Rechtssicherheit. Als Verwaltungsverordnungen sind sie von den Gerichten zu berücksichtigen, daran gebunden sind die Gerichte jedoch nicht.³²⁸ Die Handbücher enthalten teilweise Hinweise betreffend sozialhilferechtliche Beschäftigungsprogramme, die im Gesetz nicht, oder nicht ähnlich detailliert, vorhanden sind.³²⁹

³²⁶ Urteil BGer 2P.156/2005 v. 17.10.2005, E. 5.1; Urteil BGer 8C_156/2008 v. 11.04.2008, E. 7.2.

³²⁷ Starre Verweisungen sind diesbezüglich weniger problematisch. Siehe dazu: HÄNZI, S. 356 ff.; vgl. auch WIZENT, Fn. 614; je m.H.a. BRUNNER ANDREAS, Technische Normen in Rechtsetzung und Rechtsanwendung, Diss. Basel, Basel/Frankfurt a.M. 1991.

³²⁸ WIZENT, S. 146.

³²⁹ Siehe z.B. das ausführliche Kapitel 13 «Integrationsmassnahmen» im Handbuch des Kantons Zürich, www.sozialhilfe.zh.ch/handbuch, besucht am 30.04.2021.

B. Leistungsniveau

Die materielle Grundsicherung der Sozialhilfe soll die Grundbedürfnisse für eine 154
«bescheidene» Lebensführung decken. Dazu sind die Wohnkosten, die Kosten der
medizinischen Grundversorgung und ein Grundbedarf für den Lebensunterhalt
(GBL) zu gewähren.³³⁰ Mit diesen Leistungen soll ein «soziales Existenzmini-
mum» gewährt werden, welches die Teilnahme am wirtschaftlichen, kulturellen,
politischen und sozialen Leben ermöglicht.³³¹ Wer dies mit seinen Einnahmen und
den gegenüberstehenden Ausgaben nicht kann, gilt als bedürftig und hat dement-
sprechend Anspruch auf Sozialhilfe.³³²

Für die anrechenbaren Wohnkosten können Mietzinsrichtlinien erlassen werden³³³ 155
und die Kosten der medizinischen Grundversorgung ergeben sich aus den Prämien
für die obligatorische Krankenversicherung nach KVG.³³⁴ Dahingegen ist der
Grundbedarf für den Lebensunterhalt weniger klar bestimmt. Um das Leistungs-
ziel (bescheidene Existenzsicherung und Teilhabe) zu erreichen, hat sich der GBL
ursprünglich an den einkommensschwächsten 20 % resp. 10 % der Bevölkerung
orientiert. In jüngerer Zeit fehlt die Orientierung an diesem Richtwert.³³⁵ Wäre
dieser nach wie vor massgeblich, läge der GBL bei CHF 1'076.³³⁶

Die SKOS-RL legen den GBL, wie bereits erwähnt, aktuell auf CHF 997 für eine 156
Einzelperson fest. Jungen Erwachsenen mit einem eigenen Haushalt kann gem.
den Richtlinien ein um 10 % tieferer GBL ausgerichtet werden, also CHF 897.30/
Monat.³³⁷ Eine Reduktion um 20 % ist möglich, wenn junge Erwachsene nicht an
einer auf die arbeitsmarktliche Integration ausgerichteten Ausbildung oder Mass-
nahme teilnehmen, keiner angemessenen Erwerbstätigkeit nachgehen oder keine
eigenen Kinder betreuen.³³⁸

³³⁰ SKOS-RL, A.6.

³³¹ SKOS-RL, A.1. i.V.m. D.1.; HÄNZI, S. 67.

³³² Grundsätzlich für das Bestehen eines Rechtsanspruches seit dem Inkrafttreten der mo-
dernerer Sozialhilfegesetze und der Anerkennung eines grundrechtlichen Anspruchs
auf Existenzsicherung: WIZENT, S. 82; noch differenzierend nach Kantonen: WOLFFERS,
S. 90; GYSIN, S. 112; COULLERY, S. 80.

³³³ Vgl. SKOS-RL, A.3.

³³⁴ Vgl. SKOS-RL, A.5.

³³⁵ Dazu eingehend: HEUSSER, N 7 ff., siehe auch bereits oben N 64 f.

³³⁶ Vgl. ausführlich dazu: HEUSSER, N 23; STUTZ ET AL., S. 1.

³³⁷ SKOS-RL, B.2.4.

³³⁸ SKOS-RL, B.4.

Die Diskussion, wie hoch die Leistungen zu sein haben, um das Leistungsziel zu erreichen, hat aufgrund jüngerer Bestrebungen zur Senkung des Grundbedarfs in mehreren Kantonen an Aktualität gewonnen.³³⁹ Eine Studie hat 2018 ergeben, dass ein um 30 % herabgesetzter GBL nicht ausreicht, um alle existenziellen Bedürfnisse zu decken.³⁴⁰

C. Ziele und Aufgaben der Sozialhilfe

157 Die Sozialhilfe verfolgt vier Hauptziele:

- Sicherung der Existenz
- Förderung der wirtschaftlichen und persönlichen Selbständigkeit der bedürftigen Person
- Prävention und Behebung von Notlagen
- Berufliche und soziale Integration³⁴¹

Das Ziel der Existenzsicherung ergibt sich nicht zuletzt aus dem in Art. 41 Abs. 1 lit. a BV festgehaltenen Sozialziel, wonach sich Bund und Kantone dafür einsetzen, dass alle Personen an der sozialen Sicherheit teilhaben, wozu auch die Sozialhilfe gezählt wird.³⁴² Gemäss den SKOS-Richtlinien verfolgt die Sozialhilfe das Ziel der Existenzsicherung, der Förderung der wirtschaftlichen und persönlichen Selbständigkeit und der Gewährleistung der sozialen und beruflichen Integration.³⁴³ Im Übrigen ergeben sich die Zielsetzung und die Aufgaben der Sozialhilfe aus den kantonalen Rechtsgrundlagen. Dazu gehören neben den kantonalen Sozialhilfegesetzen und -verordnungen auch die kantonalen Verfassungen.

³³⁹ Siehe auch bereits oben: N 63 f.

³⁴⁰ STUTZ ET AL., S. 45 f.

³⁴¹ HÄNZI, S. 112; hingegen: WOLFFERS, S. 25, geht noch von einer doppelten Zielsetzung beschränkt auf die Existenzsicherung und die Förderung der Selbständigkeit aus.

³⁴² Siehe dazu ausführlicher unten: N 573 ff.

³⁴³ SKOS-RL, A.1.

Die kantonale Vielfalt der Regelung der Ziele der Sozialhilfe ist relativ erheblich. 158 Lediglich die Kantone Aargau, Jura, Neuenburg und Wallis nennen alle oben genannten Ziele.³⁴⁴ Zehn Kantone nennen drei,³⁴⁵ neun Kantone zwei³⁴⁶ und zwei Kantone nennen nur eines dieser Ziele.³⁴⁷ Der Kanton Graubünden erwähnt keines dieser Ziele im Gesetz.³⁴⁸ Auf Verfassungsstufe findet sich im Kanton Graubünden jedoch ein klarer Integrationsauftrag, wonach Kanton und Gemeinden für ausreichende Betreuung, Unterstützung und Eingliederung von hilfsbedürftigen Menschen zu sorgen haben und die berufliche und soziale Eingliederung zu fördern ist (vgl. Art. 86 KV/GR). Fünf Kantone nennen explizit, die Menschenwürde zu wahren resp. die menschenwürdige Existenz zu sichern, als Ziel.³⁴⁹

Das Ziel der beruflichen und sozialen Integration nennen insgesamt 15 Kantone, 159 teilweise auch bereits auf Verfassungsstufe.³⁵⁰ Dieses Ziel steht in engem Zusammenhang mit der Durchführung von Arbeits- und Beschäftigungsprogrammen. Der Kanton Basel-Stadt weist explizit auf diesen Zusammenhang hin: Die Vermittlung und Ermöglichung des Zugangs zu Angeboten der sozialen und beruflichen Integration wird als Aufgabe der Sozialhilfe erwähnt.³⁵¹ Der Kanton Waadt erwähnt in der Kantonsverfassung, dass die Existenzsicherung mittels Prävention des sozialen und beruflichen Ausschlusses, Integrationsmassnahmen und einer (prinzipiell) nicht rückerstattungspflichtigen Sozialhilfe zu erreichen sei.³⁵² In den Kantonen, welche die berufliche oder soziale Integration nicht als Ziel erwäh-

³⁴⁴ § 1 und § 4 SPG/AG; Art. 1 Abs. 2 LASoc/JU; Art. 1 LASoc/NE; Art. 1 SHG/VS.

³⁴⁵ Art. 13 ShiG/AI; Art. 1 SHG/AR; § 2 SHG/BL; § 2 SHG/BS; Art. 2 SHEG/SH; § 2 SHG/LU; Art. 147 SG/SO; Art. 1 SHG/TI; Art. 2 SHG/UR; § 1 SHG/ZH.

³⁴⁶ Art. 3 Abs. 1 lit. a und lit. f SHG/BE; Art. 2 SHG/FR; Art. 1 LIASI/GE; Art. 2 Abs. 1 SHG/GL; Art. 1 Abs. 2 SHG/NW; Art. 1 Abs. 3 SHG/OW; Art. 2 Abs. 1 SHG/SG; § 1 SHG/TG; § 4 und § 5 SHG/ZG.

³⁴⁷ § 1 SHG/SZ; Art. 1 LASV/VD.

³⁴⁸ Die Sozialhilfe verfolgt dort gem. Art. 1 Abs. 2 SHG/GR die Selbsthilfe und Eigenverantwortung, was zumindest teilweise die Förderung der wirtschaftlichen und persönlichen Selbstständigkeit anspricht.

³⁴⁹ Art. 1 Abs. 2 SPG/AG; Art. 1 Abs. 1 SHG/BE; Art. 1 LIASI/GE; Art. 1 LASV/VD; Art. 1 SHG/TI.

³⁵⁰ § 4 Abs. 1 SPG/AG; Art. 1 Abs. 2 SHG/AR; Art. 3 lit. f SHG/BE; § 2 Abs. 2 SHG/BS; Art. 1 Abs. 1 LIASI/GE; Art. 2 SHG/FR; Art. 1 Abs. 2 LASoc/JU; § 2 SHG/LU; Art. 1 lit. c LASoc/NE; Art. 147 SG/SO; Art. 2 SHEG/SH; Art. 14 Abs. 1 KV/SG; § 19 Abs. 2 KV/SZ; Art. 111 KV/ZH; Art. 60 Abs. 1 lit. a KV/VD.

³⁵¹ § 2 Abs. 2 SHG/BS.

³⁵² Art. 60 Abs. 1 KV/VD.

nen, können die Förderung der Selbständigkeit oder die Behebung der Notlage als gesetzgeberische Ziele betrachtet werden, die mittels eines Einsatzes in einem Arbeits- oder Beschäftigungsprogramm erreicht werden können.

- 160 Wohl aufgrund dieser doch verbreiteten Nennung der sozialen und beruflichen Integration als Ziel der Sozialhilfe identifiziert HÄFELI die Integration als übergeordnetes Ziel und Prinzip der Sozialhilfe, das verhindern soll, dass Personengruppen von der Teilnahme und Teilhabe an der Gesellschaft ausgeschlossen werden. Entsprechend werde damit ein wesentlicher Beitrag zur Erhaltung der Grundlagen unseres demokratischen Staates und zur Sicherung des Friedens geleistet.³⁵³ Wesentlich kritischer weist PÄRLI darauf hin, dass der Begriff der sozialen und beruflichen Integration kaum definiert sei und vieles unter diesem «schillernden Begriff» gefasst werden könne, jedoch zu beobachten sei, dass bei einer Verletzung einer «Integrationspflicht» sozialhilferechtliche Sanktionen drohten.³⁵⁴
- 161 Diese zwei Aspekte, die PÄRLI anspricht, verbieten es, die soziale und berufliche Integration unhinterfragt als übergeordnetes Ziel der Sozialhilfe zu betrachten. Es ist zu untersuchen, mit welchen Mitteln und Massnahmen das Ziel der beruflichen und sozialen Integration durchgesetzt wird und wie es sich zu den anderen Zielen der Sozialhilfe, namentlich der Existenzsicherung, verhält. Ob ein Programm mit den Zielen und den Aufgaben der Sozialhilfe vereinbar ist, lässt sich erst nach einer Analyse des jeweiligen Programms beurteilen. Auf die Ziele von Beschäftigungsprogrammen wird in Kapitel 3 unter N 363 ff. eingegangen.

D. Prinzipien der Sozialhilfe

1. Allgemeines

- 162 Die sozialhilferechtlichen Strukturprinzipien³⁵⁵ oder auch Grundprinzipien,³⁵⁶ die nachfolgend dargestellt werden, ergeben sich aus dem Charakter der Sozialhilfe als letztes soziales Sicherungsnetz, das ein soziales Existenzminimum sicherstellen soll. Die Prinzipien bringen die zentralen Grund- und Wertungsentscheidungen zum Ausdruck und finden ihre Wurzeln in der Menschenwürde. Sie durchdringen daher das ganze Sozialhilferecht und sind bei der Rechtssetzung und der Konkreti-

³⁵³ HÄFELI, S. 71 f.

³⁵⁴ PÄRLI, Aspekte, S. 46.

³⁵⁵ So die Terminologie von WIZENT, S. 209 ff.

³⁵⁶ So in der Terminologie von WOLFFERS, S. 69 ff., HÄNZI, S. 113 ff., SKOS-RL, A.4.

sierung von Art. 12 BV zu berücksichtigen.³⁵⁷ Sie bilden den staatspolitischen und rechtsethischen Rahmen der Sozialhilfe³⁵⁸ und bieten Unterstützung bei der Güterabwägung im Einzelfall.³⁵⁹ Als solche haben sie bei der Beurteilung der vorliegend interessierenden Frage, was eine zumutbare Arbeit im sozialhilferechtlichen Kontext ist, beachtet zu werden. Gerichtlich durchsetzbar sind die Grundprinzipien jedoch nicht, es sei denn, sie wären gesetzlich verankert worden.³⁶⁰

Eine einheitliche Zuordnung von leitenden Grundsätzen der Sozialhilfe zu den Grund- resp. Strukturprinzipien des Sozialhilferechts kann der Literatur oder den kantonalen Rechtsgrundlagen nicht entnommen werden.³⁶¹ Nachfolgend werden die Prinzipien

- Bedarfsdeckung und Finalität,
- Individualisierung und
- Subsidiarität

dargestellt.

Nicht als Grundprinzip behandelt wird der Leitsatz «Leistung und Gegenleistung»; ihm kann keine eigenständige Prinzipienqualität zugesprochen werden. Es handelt sich um keine selbständige Anspruchsvoraussetzung und um keinen eigenständigen Grund für eine Sanktionierung. «Leistung und Gegenleistung» ist nach hier vertretener Ansicht als Aspekt des Subsidiaritätsprinzips und der damit zusammenhängenden Minderungspflichten zu betrachten.³⁶² Aufgrund der zentralen Bedeutung dieses Leitsatzes für die vorliegende Thematik wird er nachfolgend dennoch vertiefter behandelt.³⁶³

Auch die Wahrung der Menschenwürde wird von den SKOS-RL und diversen Autor_innen³⁶⁴ als Prinzip der Sozialhilfe genannt. Alle Grundprinzipien beruhen

³⁵⁷ WIZENT, S. 209.

³⁵⁸ HÄFELI, S. 68.

³⁵⁹ SCHALLER SCHENK, S. 172.

³⁶⁰ SCHALLER SCHENK, S. 172; SCHLEICHER, S. 269.

³⁶¹ HÄNZI, S. 113; so auch: WIZENT, S. 210.

³⁶² So auch: HÄNZI, S. 124; WIZENT, S. 210; SCHALLER SCHENK, S. 184.

³⁶³ Siehe N 240 ff. und die zusammenfassende Beurteilung unter: N 1040 ff.

³⁶⁴ SCHALLER SCHENK, S. 181; WOLFFERS, S. 69; GYSIN, S. 106; HÄNZI, S. 114; hingegen HÄFELI, S. 69, nennt die Wahrung der Menschenwürde unter dem Titel «Übergeordnete Ziele und Prinzipien».

auf der Menschenwürde³⁶⁵ und die Wahrung der Menschenwürde ist Zielvorgabe und Massstab für die Unterstützung zugleich.³⁶⁶ Die Bedeutung der Menschenwürde wird hier in Kapitel 6 beleuchtet. Dadurch wird nicht in Abrede gestellt, dass es sich hierbei um ein Strukturprinzip und um eine wichtige – wenn nicht die wichtigste – Vorgabe, die bei der Leistungsgewährung und Ausgestaltung beachtet werden muss, handelt. Vielmehr unterstreicht dies ihre Relevanz.

Es werden somit (inkl. Menschenwürde) vier der sieben in den SKOS-RL (A.4.) aufgeführten Prinzipien aufgenommen. Nicht als Grundprinzipien behandelt werden die Angemessenheit der Hilfe, die Professionalität und die Wirtschaftlichkeit, welche zwar als sinnvolle Appelle, aber nicht als Prinzipien des Sozialhilferechts gelten können.³⁶⁷ Auch nicht als separate Prinzipien behandelt werden das Tatsächlichkeits- und das Gegenwärtigkeitsprinzip, welche von WIZENT ausführlich dargestellt werden. Diese Prinzipien werden soweit hier interessierend unter dem Bedarfsdeckungsprinzip – aus welchem sie sich ableiten – dargestellt.³⁶⁸ Des Weiteren kann auch etwa dem von COULLERY³⁶⁹ genannten «Kommunalprinzip» nichts entnommen werden, was das Sozialhilferecht von anderen Bereichen, die (teilweise) eine kommunale Zuständigkeit begründen, besonders abgrenzen würde.³⁷⁰ Auch die von GYSIN³⁷¹ angesprochene soziale Kontrolle kann nicht als Grundprinzip betrachtet werden, sondern erscheint eher als Ausfluss der weitgehenden Minderungspflichten und des Ziels, die soziale (und berufliche) Integration der Unterstützten sicherzustellen.³⁷²

- 166 Schliesslich ist erneut der Hinweis angebracht, dass das Sozialhilferecht als Teil des öffentlichen Rechts auch die diesbezüglichen verfassungsmässigen Prinzipien zu wahren hat. Namentlich hat sich staatliches Handeln im Bereich der Sozialhilfe auf das Legalitätsprinzip (Art. 5 Abs. 1 BV) zu stützen, im öffentlichen Interesse zu erfolgen und verhältnismässig zu sein (Art. 5 Abs. 2 BV). Die Rechtsgleichheit (Art. 8 Abs. 1 BV) ist ebenso zu beachten wie das Prinzip von Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 BV).³⁷³

³⁶⁵ WIZENT, S. 209; DERS. Sozialhilferecht, N 387.

³⁶⁶ HÄNZI, S. 114.

³⁶⁷ HÄNZI, S. 121 f. sowie S. 125 f.

³⁶⁸ WIZENT, S. 210, erläutert ebenfalls, dass sich diese Prinzipien aus dem Bedarfsdeckungsprinzip ableiten lassen.

³⁶⁹ COULLERY, S. 79.

³⁷⁰ Ähnlich auch: HÄNZI, S. 125.

³⁷¹ GYSIN, S. 108.

³⁷² Ähnlich auch: HÄNZI, S. 126.

³⁷³ MÖSCH PAYOT, § 39.25; VOGEL, S. 158.

2. Bedarfsdeckungs- und Finalprinzip

Gemäss dem Bedarfsdeckungsprinzip kommt der Sozialhilfe die Funktion zu, in einer individuellen, konkreten und aktuellen Notlage, Hilfe zu gewähren.³⁷⁴ Leistungen werden nur für die Gegenwart, nicht aber für die Vergangenheit gewährt.³⁷⁵ Die Funktion als letztes Netz unterhalb aller Sicherungssysteme kann nur erfüllt werden, weil Hilfe gewährt wird, ohne die Ursache der Notlage in den Vordergrund zu stellen. Dies ist eine Stärke und der eigentliche Daseinsgrund der Sozialhilfe und bedingt, dass nur das Bestehen einer Notlage als Leistungsvoraussetzung gilt.³⁷⁶ Das Bedarfsdeckungsprinzip verlangt dementsprechend, dass eine Beseitigung der Notlage unabhängig von den Ursachen der Notlage erfolgt. Anspruchsauslösend ist der tatsächlich vorhandene Hilfsbedarf.³⁷⁷ Auch wer seine Notlage in grober Weise selbstverschuldet hat, ist im Grundsatz anspruchsberechtigt.³⁷⁸ 167

In diesem Zusammenhang wird auch vom Finalprinzip gesprochen,³⁷⁹ welches teilweise als eigenständiges, wenn auch auf dem Bedarfsdeckungsprinzip beruhendes Grundprinzip der Sozialhilfe verstanden wird.³⁸⁰ Das Finalprinzip ist charakteristisch für die Abgrenzung der Sozialhilfe gegenüber den Sozialversicherungen, die einer kausalen Sichtweise folgen und gerade nach der Ursache des Schadens fragen, da nur die in einer Kausalität zu bestimmten Risiken verursachten Folgen abgedeckt werden.³⁸¹ 168

Einen Einbruch in dieses System der Verschuldensunabhängigkeit und Finalität stellen kantonale Normen dar, die eine Kürzung der Leistungen bei einer selbstverschuldeten Bedürftigkeit vorsehen.³⁸² Solche Normen kennen namentlich der Kanton Bern und der Kanton Thurgau. Art. 36 Abs. 1 SHG/BE sieht eine Kürzung der Leistungen bei selbstverschuldeter Bedürftigkeit vor. Vorbehalten bleibt nach 169

³⁷⁴ WOLFFERS, S. 74.

³⁷⁵ WOLFFERS, S. 74; WIZENT, S. 255, der in diesem Zusammenhang vom Gegenwärtigkeitsprinzip spricht; auch SKOS-RL, A.4.

³⁷⁶ HÄNZI, S. 45 f., m.H.a. WOLFFERS, S. 34.

³⁷⁷ HÄNZI, S. 118; WOLFFERS, S. 74; SCHALLER SCHENK, S. 185.

³⁷⁸ Siehe dazu auch bereits BGE 121 I 367, E. 3b; SCHALLER SCHENK, S. 186; MÖSCH PAYOT, § 39.29.

³⁷⁹ SCHALLER SCHENK, S. 186.

³⁸⁰ WIZENT, S. 210, ausführlich S. 218 ff. zum Finalprinzip und S. 269 ff. zum Bedarfsdeckungsprinzip.

³⁸¹ SCHALLER SCHENK, S. 187; MÖSCH PAYOT, § 39.29; siehe oben N 45.

³⁸² WIZENT, S. 220; MÖSCH PAYOT, § 39.29.

Art. 36 Abs. 2 SHG/BE der absolut nötige Existenzbedarf, womit die Leistungen basierend auf Art. 12 BV (resp. Art. 29 KV/BE) angesprochen sind. Gemäss § 6a SHV/TG sind Leistungen dann zu kürzen, wenn die Bedürftigkeit auf einen selbstverschuldeten Verlust der Anspruchsberechtigung zum Bezug von Taggeldern gem. dem AVIG zurückzuführen ist.

Das bernische Verwaltungsgericht hielt gestützt auf Art. 36 Abs. 1 SHG/BE eine Kürzung des GBL um 15 % für 12 Monate aufrecht. Dem Beschwerdeführer war es gemäss der (IV-rechtlichen) Einschätzung der Ausgleichskasse des Kantons Bern möglich und zumutbar, ein Mindesteinkommen von CHF 36'000/Jahr zu erzielen. Da der Beschwerdeführer aber trotzdem keiner Erwerbstätigkeit nachging, sei nicht einzusehen, weshalb sich die Untätigkeit des Beschwerdeführers im sozialhilferechtlichen Verfahren nicht direkt auswirken sollte. Dass gesundheitliche Gründe gegen die Verwertung der – im IV-Verfahren bisher nur mittels Vorbescheid festgestellten – Resterwerbsfähigkeit auch in einer weniger qualifizierten als der bisherigen Position sprechen könnten, änderte nichts an der Annahme, dass die Bedürftigkeit selbstverschuldet sei.³⁸³ Dieser Entscheid zeigt m.E., dass die Berücksichtigung des Selbstverschuldens in der Sozialhilfe zu einer Untergrabung des subsidiären Sicherungszwecks der Sozialhilfe führen kann und unterstreicht WIZENTS Befürchtung, dass die Bestimmung zu einem «infiniten Regress»³⁸⁴ führt.

- 170 Eine Kürzung aufgrund selbstverschuldeter Bedürftigkeit ist ohne eine entsprechende gesetzliche Grundlage von vornherein unzulässig, da dies gegen das Legalitätsprinzip gem. Art. 5 Abs. 1 BV verstossen würde.³⁸⁵ Unzulässig wäre jedenfalls eine Bestimmung des kantonalen Rechts, die eine Kürzung wegen Selbstverschulden vorsieht und so in das absolute Existenzminimum gem. Art. 12 BV eingreift.³⁸⁶
- 171 WIZENT postuliert zusätzlich ein Tatsächlichkeitsprinzip oder einen Effektivitätsgrundsatz, der ebenfalls eng mit dem Bedarfsdeckungsprinzip verbunden sei.³⁸⁷ Diesem Grundsatz nach dürfen Eigenmittel bei der Berechnung des Bedarfs nur berücksichtigt werden, wenn sie kurzfristig realisierbar sind und rechtzeitig für die Bestreitung des Unterhalts eingesetzt werden können.³⁸⁸ Daher gilt die Anrechnung hypothetischer Eigenmittel, z.B. eines hypothetischen Einkommens,

³⁸³ VerwG BE, Urteil 200 16 250 SH v. 12.07.2016, E. 3.1.2.

³⁸⁴ WIZENT, S. 220.

³⁸⁵ WIZENT, S. 222; dies hat beispielsweise das VerwG ZH im Urteil VB.2013.00377 v. 17.07.2013 richtig erkannt.

³⁸⁶ WOLFFERS, S. 89; siehe zu Art. 12 BV nachfolgend Abschnitt III, N 193 ff.

³⁸⁷ WIZENT, S. 210; DERS., Sozialhilferecht, N 399.

³⁸⁸ WIZENT, Sozialhilferecht, N 399.

grundsätzlich als unzulässig,³⁸⁹ selbst wenn die unterstützte Person arbeitsfähig ist und die Arbeitsmarktlage eine Berufstätigkeit zulassen würde.³⁹⁰ So darf einer Studentin nicht CHF 350 als hypothetisches Einkommen an ihren sozialhilferechtlichen Bedarf angerechnet werden.³⁹¹ Auch gem. BGer sind für die Bestimmung der Bedürftigkeit die tatsächlich verfügbaren oder kurzfristig realisierbaren Mittel massgebend.³⁹² Das Abstellen auf die Grundsätze des ELG zur Berücksichtigung hypothetischer Einkommen sei unzulässig.³⁹³ In einem unwesentlich älteren Fall erläuterte das BGer, die Anrechnung von hypothetischen Eigenmitteln bedürfe einer gesetzlichen Grundlage.³⁹⁴

Die Frage der Anrechnung hypothetischer Einkommen beantwortet sich nicht nur 172 unter dem Bedarfsdeckungsprinzip, sondern weist auch Bezüge zum Subsidiaritätsprinzip auf.³⁹⁵ Ein Spannungsverhältnis zwischen den Prinzipien eröffnet und akzentuiert sich dann, wenn eine Person verfügbare Eigenmittel nicht geltend macht oder eine zumutbare Erwerbsmöglichkeit nicht nutzt.³⁹⁶ Das Subsidiaritätsprinzip spricht für eine Anrechnung, das Bedarfsdeckungsprinzip jedoch dagegen.³⁹⁷

3. Individualisierungsprinzip

a) Allgemeines

Die Sozialhilfe folgt unbestrittenermassen dem Individualisierungsgrundsatz.³⁹⁸ 173 Dieser verpflichtet die Sozialhilfebehörden, Hilfeleistungen zu gewähren, die auf die Besonderheiten des Einzelfalles zugeschnitten sind, und er dient der Ab-

³⁸⁹ AMSTUTZ, S. 169; WOLFFERS, S. 153; HÄNZI, Leistungen, S. 140; GYSIN, S. 118; WIZENT, S. 211; DERS., Sozialhilferecht, N 399.

³⁹⁰ WOLFFERS, S. 153.

³⁹¹ VerwG BE, Urteil 100 18U v. 26.10.2018, E. 4; Hinweis auch bei WIZENT, Sozialhilferecht, Fn. 391.

³⁹² BGE 137 V 143, E. 3.7.1 *in fine*.

³⁹³ Urteil BGer 8C_25/2018 v. 19.06.2018, E. 5.

³⁹⁴ Urteil BGer 8C_100/2017 v. 14.06.2017, E. 8.2.2.

³⁹⁵ VerwG BE, Urteil 100 18U v. 26.10.2018, E. 4.2.

³⁹⁶ VerwG BE, Urteil 100 18U v. 26.10.2018, E. 4.2; WIZENT, S. 212; DERS., Sozialhilferecht, N 402.

³⁹⁷ Vgl. WIZENT, Sozialhilferecht, N 402.

³⁹⁸ Siehe die einheitliche Lehre HÄNZI, S. 46; COULLERY, S. 74; WOLFFERS, S. 73; WIZENT, S. 251; SCHLEICHER, S. 272; HÄFELI, S. 76; GYSIN, S. 107; umfassend: SCHALLER SCHENK; sowie die SKOS-RL, A.4.

grenzung zu den Sozialversicherungsleistungen, welche in der Regel typisiert sind und sich nicht am tatsächlichen Bedarf orientieren.³⁹⁹ Damit wird der Vielfalt menschlicher Bedürfnisse Rechnung getragen,⁴⁰⁰ wobei nicht zu ignorieren ist, dass das Individualisierungsprinzip u.U. mit dem Rechtsgleichheitsgebot und dem Willkürverbot in ein Spannungsverhältnis treten kann.⁴⁰¹ Zudem bedingt die Individualisierung die Kontrolle der Behörden und ein Eindringen in die Privatsphäre, da Informationen über die individuelle Lage vorausgesetzt sind, um das Prinzip anwenden zu können.⁴⁰² Bereits die Prüfung, ob jemand bedürftig ist und Anspruch auf Sozialhilfe hat, basiert auf den individuellen Verhältnissen der betroffenen Person.⁴⁰³

- 174 Das Individualisierungsprinzip verlangt, dass das Ausmass der Hilfe dem individuellen Bedarf entspricht – was seit der Standardisierung des Grundbedarfs vor allem durch die Gewährung von situationsbedingten Leistungen⁴⁰⁴ zumindest teilweise sichergestellt wird.⁴⁰⁵ Zusätzlich hat die Art der Hilfeleistung den individuellen Bedürfnissen zu entsprechen und der Behebung der individuellen Notlage dienlich zu sein.⁴⁰⁶ Es ist daher für die Behörden unerlässlich, die Gründe der Bedürftigkeit zu kennen, ansonsten die Hilfe nicht in der geforderten Individualität erfolgen kann.⁴⁰⁷ Davon gehen ebenfalls die SKOS-RL aus.⁴⁰⁸ Die Gründe der Bedürftigkeit entscheiden aber nicht über die Leistungsberechtigung (siehe oben N 167).

**b) *Besondere Relevanz in Bezug auf die Zumutbarkeit
von Beschäftigungsprogrammen***

- 175 Die individuelle Situation der Sozialhilfeempfänger_innen soll beim Entscheid darüber, welche Massnahmen zur beruflichen und sozialen Integration der jeweiligen Sozialhilfeempfänger_in angeboten werden, berücksichtigt werden. Zu den

³⁹⁹ WOLFFERS, S. 73.

⁴⁰⁰ WIZENT, S. 251.

⁴⁰¹ HÄNZI, S. 116; WIZENT, Sozialhilferecht, N 441.

⁴⁰² WOLFFERS, S. 75.

⁴⁰³ SCHALLER SCHENK, S. 112; GYSIN, S. 107.

⁴⁰⁴ Siehe dazu: SKOS-RL, C.1.; WIZENT, Sozialhilferecht, N 487 zur Unterscheidung des GBL von den situationsbedingten Leistungen.

⁴⁰⁵ Vgl. WIZENT, S. 252 f.

⁴⁰⁶ SCHALLER SCHENK, S. 173; WOLFFERS, S. 73.

⁴⁰⁷ WOLFFERS, S. 73.

⁴⁰⁸ SKOS-RL, A.4.

individuellen Verhältnissen können etwa das Alter, der Gesundheitszustand, die Fähigkeiten, die persönlichen Verhältnisse und die Betreuungsaufgaben der betroffenen Person gezählt werden.⁴⁰⁹

Schöpft eine Sozialhilfeempfänger_in ihre individuellen Chancen und Fähigkeiten nicht aus, so ist dieser Aspekt unter dem mit dem Subsidiaritätsprinzip verknüpften Grundsatz der Selbsthilfe und den damit zusammenhängenden Minderungspflichten zu prüfen ist.⁴¹⁰ Es kommt also zu einer Überschneidung zwischen dem Individualisierungsgrundsatz und dem Subsidiaritätsprinzip,⁴¹¹ insofern als gefragt wird, inwieweit und warum einer Person die Mittel und Kräfte fehlen, um sich aus eigener Kraft aus der Bedürftigkeit resp. der Notlage zu befreien.⁴¹² 176

Somit kommt es ebenfalls zu einer Überschneidung zwischen dem Individualisierungsprinzip und der Zumutbarkeit,⁴¹³ ist doch der Zumutbarkeitsgedanke im Sozialhilferecht insbesondere im Subsidiaritätsprinzip verankert. Auch das Individualisierungsprinzip soll zu einzelfallgerechten Entscheiden mittels Zumutbarkeits-, Verhältnismässigkeits-, Bedürfnis- und Härtefallüberlegungen führen.⁴¹⁴ Das Individualisierungsprinzip ist ebenfalls mit Grundrechtsgedanken verbunden und steht für die verwaltungsrechtliche Umsetzung von Grundrechten, bspw. indem es bereits bei der Feststellung des i.S.v. Art. 12 BV geltenden Bedarfs hinzugezogen wird und somit in engem Zusammenhang mit der Menschenwürde zu sehen ist.⁴¹⁵ 177

Insgesamt fordert das Individualisierungsprinzip eine besondere Sensibilität für die individuellen Umstände und Bedürfnisse, die in die Zumutbarkeitsprüfung einzufließen haben. So trägt das Individualisierungsprinzip zur Konkretisierung der persönlichen oder individuellen Zumutbarkeit einer Arbeitsannahme oder Programmteilnahme bei.⁴¹⁶ Es geht also m.a.W. um die subjektive Zumutbarkeit, die mit dem Individualisierungsprinzip angesprochen wird. 178

⁴⁰⁹ SCHALLER SCHENK, S. 114.

⁴¹⁰ SCHALLER SCHENK, S. 115.

⁴¹¹ GYSIN, S. 107; WIZENT, S. 254; SCHALLER SCHENK, S. 252, die davon spricht, dass Individualisierung und Subsidiarität kaum auseinandergehalten werden können.

⁴¹² COULLERY, S. 75.

⁴¹³ SCHALLER SCHENK, S. 221.

⁴¹⁴ SCHALLER SCHENK, S. 337.

⁴¹⁵ SCHALLER SCHENK, S. 338.

⁴¹⁶ SCHALLER SCHENK, S. 114 f.

Hingegen ist die Darstellung, dass die persönliche Zumutbarkeit einer Arbeit oder Teilnahme an einem Integrationsprogramm das individualisierende Element im Rahmen der Anspruchsprüfung auf Sozialhilfe darstellen soll,⁴¹⁷ zu undifferenziert. Eine Weisung zur Teilnahme an einem Beschäftigungsprogramm wird erst relevant, wenn die Bedürftigkeit und somit die Anspruchsberechtigung feststehen. Die Auswahl des Programms hat dann aber mit einer individualisierten Prüfung zu erfolgen. Die Folgen einer Nichtteilnahme ist nach hier vertretener Ansicht keine Frage der Anspruchsberechtigung, sondern der adäquaten Sanktion.

4. Subsidiaritätsprinzip

a) *Allgemeines*

- 179 Das Subsidiaritätsprinzip gilt – wie die Individualisierung – unbestrittenermassen als Grundprinzip des Sozialhilferechts.⁴¹⁸ Das Subsidiaritätsprinzip ist in allen kantonalen Gesetzen enthalten,⁴¹⁹ wenn auch mit unterschiedlicher Klarheit und Regelungsdichte.⁴²⁰ Die SKOS-RL halten zum Grundsatz der Subsidiarität fest, dass Sozialhilfe dann gewährt wird, «wenn die bedürftige Person sich nicht selbst helfen kann, und wenn Hilfe von dritter Seite nicht oder nicht rechtzeitig erhältlich ist».⁴²¹ Das sozialhilferechtliche Subsidiaritätsprinzip kann als Ausdruck der Schadenminderungspflicht i.S. der Selbstverantwortung gelten.⁴²² Dabei wird das Spannungsfeld zwischen Eigenverantwortung und Solidarität zum Ausdruck gebracht⁴²³ und der ergänzende Charakter der Leistungen betont. Zunächst müssen alle anderen Möglichkeiten der Hilfe ausgeschöpft werden, bevor auf die staat-

⁴¹⁷ SCHALLER SCHENK, S. 114.

⁴¹⁸ WOLFFERS, S. 71; MÖSCH PAYOT, § 39.30; WIZENT, S. 228 ff.; SCHALLER SCHENK, S. 182 f.; HÄNZI, S. 114; HÄFELI, S. 73, der gar vom grundlegenden entscheidungs- und handlungsleitenden Prinzip der Sozialhilfe spricht.

⁴¹⁹ § 5 SPG/AG; Art. 3 ShiG/AI; Art. 11 Abs. 2 SHG/AR; Art. 9 Abs. 2 SHG/BE; § 5 Abs. 1 SHG/BL; § 5 SHG/BS; Art. 5 SHG/FR; Art. 9 LIASI/GE; Art. 2 Abs. 2 SHG/GL; Art. 3 Abs. 1 SHG/GR und Art. 1 Abs. 1 UG/GR; Art. 7 LASoc/JU; § 3 SHG/LU; Art. 6 LASoc/NE; Art. 3 SHG/NW; Art. 3 SHG/OW; Art. 2 SHG/SG; Art. 4 SHEG/SH; § 9 SG/SO; § 2 SHG/SZ; § 8 SHG/TG; Art. 2 SHG/TI; Art. 3 SHG/UR; Art. 3 LASV/VD; Art. 2 SHG/VS; § 2^{bis} SHG/ZG; § 2 SHG/ZH und § 14 SHG/ZH.

⁴²⁰ So auch: HÄFELI, S. 74; früh bereits: COULLERY, S. 75; TSCHUDI C., S. 122, schliesst den Kanton Graubünden aus.

⁴²¹ SKOS-RL, A.4.

⁴²² GÄCHTER, S. 67.

⁴²³ WIZENT, S. 229.

liche Unterstützung zurückgegriffen werden kann.⁴²⁴ Ein Wahlrecht zwischen Sozialhilfe und der Verwertung anderer Mittel zur Existenzsicherung besteht nicht.⁴²⁵

Im Sinne der Subsidiarität gehen folgende Quellen der Sozialhilfe vor:

180

- (zumutbare) Selbsthilfe (inkl. vorrangiger Eigenmittel)
- Leistungsverpflichtungen Dritter
- freiwillige Leistungen Dritter⁴²⁶

In jüngerer Zeit hat sich WIZENT eingehender mit dem sozialhilferechtlichen Subsidiaritätsprinzip insbesondere in Zusammenhang mit der Frage nach der Bedürftigkeit befasst. Er unterscheidet dabei in überzeugender Weise zwischen einer Anspruchs- und einer Pflichtenebene, die das Subsidiaritätsprinzip aufweist.⁴²⁷

Der Grundsatz der Subsidiarität ist nicht nur ein Strukturprinzip der Sozialhilfe, sondern Ausdruck der gesamtgesellschaftlichen Ordnung und insbesondere ein sozialpolitischer Grundsatzentscheid, was sich aus Art. 6 BV und Art. 41 Abs. 1 BV ergibt. Diese verfassungsrechtlichen Komponenten der Subsidiarität werden in Kapitel 5, insbes. N 585 ff., behandelt.

b) Anspruchsebene – Koordination

Auf der Anspruchsebene (auch primäre Ebene genannt) wird die Frage beantwortet, ob jemand bedürftig ist oder ob der Sozialhilfe vorgehende Eigen- oder Drittmittel vorhanden sind, um den sozialhilferechtlichen Bedarf zu decken. In diesem Sinne ist das Subsidiaritätsprinzip das taugliche Prinzip, um eine Anspruchsberechtigung zum Bezug von Sozialhilfe zu klären. Dabei ist es als Koordinationsprinzip im System der sozialen Sicherheit relevant. Die Koordination erfolgt dahingehend, dass Leistungen, die aus einem anderen System stammen, an den sozialhilferechtlichen Bedarf angerechnet werden.⁴²⁸

181

Es ist u.a. zu klären, ob Leistungen der ALV oder IV rechtzeitig erhältlich sind, um den Bedarf zu decken, und somit die Auffüllfunktion der Sozialhilfe überhaupt zum Tragen kommt. Diese Vorrangigkeit der anderen Sicherungssysteme ist unbestritten. Im Umkehrschluss ergibt sich daraus, dass die Sozialhilfe während

182

⁴²⁴ MÖSCH PAYOT, § 39.30; HÄFELI, S. 73.

⁴²⁵ WOLFFERS, S. 71.

⁴²⁶ HÄFELI, S. 73; HÄNZI, S. 163; WOLFFERS, S. 71; auch: SKOS-RL, A.4.

⁴²⁷ Daran anschliessend etwa auch: VerwG BE, Urteil 100 2018 18 U v. 26.10.2018, E. 4.3.

⁴²⁸ WIZENT, S. 230.

der Dauer eines Verfahrens, in dem sozialversicherungsrechtliche Anspruchsberechtigungen geklärt werden, eine (temporär) eingetretene Bedürftigkeit zu überbrücken hat.⁴²⁹ Auch familienrechtliche Unterhalts- und Unterstützungsbeiträge, zu deren Leistung eine Drittperson verpflichtet ist, gehen in diesem Sinne der Sozialhilfe vor.⁴³⁰

- 183 Der Anrechnung von (hypothetischen) Mitteln vorrangiger Unterstützungssysteme, auf die allenfalls schuldhaft verzichtet wurde, sind durch das Bedarfsdeckungs- und Finalprinzip (enge) Grenzen gesetzt.⁴³¹ Auch in diesem Zusammenhang plädiert WIZENT dafür, statt vom Subsidiaritätsprinzip vom «Erfordernis der Koordination» zu sprechen.⁴³² Die Subsidiarität umschreibe lediglich die Notlage resp. die Bedürftigkeit.⁴³³
- 184 Weiter ist auf der Anspruchsebene die Frage anzusiedeln, ob eine Person Einkommen oder Vermögen hat, das – aktuell und rechtzeitig – zur Sicherung des Lebensunterhalts vorhanden ist und daher in der Bedarfsrechnung als verfügbare Mittel der hilfesuchenden Person einbezogen werden kann. Hierin besteht die wichtige Funktion der Selbsthilfe bei der Anspruchsprüfung auf Sozialhilfe: Wer über Eigenmittel verfügt, hat diese – als Ausdruck der Pflicht zur Selbsthilfe – erhältlich zu machen. Diese Selbsthilfepflicht ist dementsprechend zentral für die Bestimmung des sozialhilferechtlichen Bedarfs. Nur der nicht durch Eigenmittel gedeckte Bedarf ist durch die Sozialhilfe auszugleichen.⁴³⁴ Dementsprechend muss das Geld, das auf einem Bankkonto liegt, abgehoben werden und vorhandene Wertpapiere sind zu verkaufen.⁴³⁵ Falls möglich, sind Leistungen der 2. oder 3. Säule zu beziehen.⁴³⁶ Unter den der Sozialhilfe vorgehenden Eigenmitteln wird, neben dem Verbrauch von Einkommen und Vermögen, auch die zumutbare Verwertung der eigenen Arbeitskraft genannt.⁴³⁷ Ein Einkommen, das aktuell erzielt wird, ist zur Deckung der Existenzbedürfnisse einzusetzen. Die eigene Arbeits-

⁴²⁹ WOLFFERS, S. 127; WIZENT, S. 231.

⁴³⁰ WOLFFERS, S. 72.

⁴³¹ WIZENT, S. 230 f.

⁴³² WIZENT, S. 231.

⁴³³ WIZENT, S. 111.

⁴³⁴ WIZENT, S. 233.

⁴³⁵ WIZENT, S. 237.

⁴³⁶ SKOS-RL, B.2.5.; WIZENT, S. 431.

⁴³⁷ So z.B. HÄNZI, Leistungen, S. 102; WOLFFERS, S. 72; HÄFELI, S. 73.

kraft ist ein Beispiel dafür, aus welcher Quelle ein der Sozialhilfe vorgelagertes Einkommen stammen kann.⁴³⁸

In dieser Dimension wird die Subsidiarität von diversen Autor_innen auch als (negative) kumulative Anspruchsvoraussetzung bezeichnet.⁴³⁹ Dies wird m.E. richtigerweise kritisiert: Es ist einerlei, ob man vom Erfordernis der Bedürftigkeit oder vom Erfordernis der Subsidiarität spricht. Wer sich nicht selber helfen kann und keine Hilfe Dritter erhält, ist stets bedürftig. So sind Subsidiarität und Bedürftigkeit austauschbare Anspruchsvoraussetzungen.⁴⁴⁰ Der Begriff der Bedürftigkeit und Notlage bedeutet bereits, dass verfügbare Eigenmittel ausgeschöpft sind und die Selbstsorge unmöglich ist.⁴⁴¹ So wird auch z.B. Art. 9 Abs. 2 SHG/BE als ein «gesetzgeberischer Pleonasmus» bezeichnet.⁴⁴² Die Subsidiarität wird in diesem Artikel damit beschrieben, dass «Hilfe nur gewährt wird, wenn und soweit eine bedürftige Person sich nicht selber helfen kann». Aber wenn die Person sich selber helfen könnte, wäre sie gar nicht erst i.S.v. Art. 23 Abs. 2 SHG/BE bedürftig und deshalb nicht anspruchsberechtigt.⁴⁴³ Denn als bedürftig gilt demnach, wer für seinen Lebensunterhalt nicht hinreichend oder nicht rechtzeitig aus eigenen Mitteln aufkommen kann.

c) *Pflichtenebene*

Auf der Pflichtenebene (auch sekundäre Ebene) des Subsidiaritätsprinzips sind die aus dem Selbsthilfegedanken fließenden Pflichten anzusiedeln, welche die Bedürftigkeit – mangels tatsächlich vorhandener Eigenmittel – nicht entfallen lassen,⁴⁴⁴ diese aber mindern können. Diese Pflicht kann generell als Minderungs-

⁴³⁸ AMSTUTZ, S. 169 f.: «Zu den Quellen der Selbsthilfe gehören namentlich der zumutbare Einsatz von eigener Arbeitskraft, wobei das nach Abzug obligatorischer Sozialversicherungsbeiträge tatsächlich verbleibende Erwerbseinkommen (Nettoverdienst) anzurechnen ist.»

⁴³⁹ MÖSCH PAYOT, Sozialhilfemissbrauch, S. 308; UEBERSAX, S. 58; WOLFFERS, S. 127; HÄNZI, Leistungen, S. 101.

⁴⁴⁰ WIZENT, S. 234.

⁴⁴¹ RIEMER-KAFKA, Hilfe in Notlagen, S. 156.

⁴⁴² COULLERY/MEWES, N 32.

⁴⁴³ DIES., N 32.

⁴⁴⁴ WIZENT, S. 238.

pflicht⁴⁴⁵ umschrieben werden, welche die Pflicht umfasst, alles Zumutbare zu unternehmen, um die wirtschaftliche Lage zu verbessern.⁴⁴⁶ Darunter fällt auch die Pflicht, alles Zumutbare zur beruflichen Integration beizutragen, sich bei einer Arbeitsvermittlungsstelle anzumelden oder an einem Weiterbildungsprogramm teilzunehmen.⁴⁴⁷ Ein Einkommen zu erzielen, ist in diesen Fällen nur mittelbares Ziel.⁴⁴⁸ Die Verletzung sozialhilferechtlicher (Minderungs-)Pflichten kann zu Sanktionen in Form von Leistungskürzungen führen.⁴⁴⁹

d) *Besondere Relevanz in Bezug auf die Zumutbarkeit von Beschäftigungsprogrammen*

- 187 Für die vorliegende Untersuchung spielt das Subsidiaritätsprinzip, wie in N 123 angesprochen, eine zentrale Rolle. Die Pflicht zur Teilnahme an einem Beschäftigungsprogramm wird sowohl auf der Anspruchs- als auch auf der Pflichtenebene des Subsidiaritätsprinzips angesiedelt. Die Teilnahme an einem Beschäftigungsprogramm sei Ausdruck der Minderungspflicht und des Subsidiaritätsprinzips.⁴⁵⁰ Auf der Anspruchsebene stellt sich die Frage, ob ein Beschäftigungsprogramm eine Form der zumutbaren Selbsthilfe ist und die Teilnahme eine Person in die Lage versetzt, für sich selber zu sorgen; auf der Pflichtenebene, ob die Nichtteilnahme an einem Programm eine schuldhaftige Verletzung einer Minderungspflicht ist und daher eine Leistungskürzung nach sich ziehen kann.
- 188 Dies wird in der in Kapitel 3 umfassender dargestellten Praxis derzeit bejaht. Ein «Einkommen», das wegen einer Verweigerung der Teilnahme an einem Beschäftigungsprogramm nicht erzielt wird, kann als hypothetisches in die Bedarfsberechnung einbezogen werden (siehe N 266 ff.).⁴⁵¹ Insbesondere hat das Bundesgericht in BGE 130 I 71 die Ansicht, wonach bei einer Nichtteilnahme an einem Programm lediglich Kürzungen des GBL i.S. einer sozialhilferechtlichen Sanktion

⁴⁴⁵ Zu mindern ist die Bedürftigkeit und nicht ein Schaden im versicherungs- oder haftpflichtrechtlichen Sinn, weshalb hier nicht von einer «Schadenminderungspflicht» gesprochen wird.

⁴⁴⁶ WIZENT, Sozialhilferecht, N 424.

⁴⁴⁷ WIZENT, Sozialhilferecht, N 424; HOBI, N 22.

⁴⁴⁸ HOBI, N 22.

⁴⁴⁹ Statt vieler: SKOS-RL, A.8.2.; WIZENT, Sozialhilferecht, N 424.

⁴⁵⁰ VerwG GR, Urteil U 16 20 v. 09.09.2016, E. 3b; ebenfalls deutlich zur Verknüpfung der Teilnahme an einem Programm mit dem Subsidiaritätsprinzip: VerwG AG, Urteil WBE.2011.104 v. 23.09.2011, E. II.2.2; OGer SH, Urteil 60/2005/55 v. 27.10.2005, E. 2a.

⁴⁵¹ Siehe auch: HOBI, N 26.

zulässig wären, explizit verworfen, da dies dem Grundsatz der Subsidiarität und dem Vorrang der Selbsthilfe nicht genügend Rechnung tragen würde.⁴⁵²

Die Teilnahme an *nicht entlöhnten* Beschäftigungsprogrammen wird hingegen auf der Pflichtenebene des Subsidiaritätsprinzips angesiedelt, da damit keine *unmittelbare*, faktische Möglichkeit, ein Einkommen zu erzielen und in diesem Sinne für sich selber zu sorgen, verbunden ist.⁴⁵³ Wird gegen die Pflicht, die Bedürftigkeit mittelbar zu mindern, verstossen, so ist eine sozialhilferechtliche Sanktion möglich. Dabei deutet die jüngere bundesgerichtliche Rechtsprechung darauf hin, dass eine mögliche Sanktion auch eine Einstellung der Sozialhilfeleistungen unter weiterer Gewährung der Nothilfe sein kann.⁴⁵⁴ 189

E. Zwischenfazit

Das Sozialhilferecht ist spezielles kantonales Verwaltungsrecht, wobei die SKOS-Richtlinien für eine gewisse Vereinheitlichung zwischen den Kantonen sorgen sollen. Diese sind jedoch nicht verbindlich und die Kantone können davon abweichen. Die Leistungen der Sozialhilfe sollen eine «bescheidene» Lebensführung ermöglichen. Derzeit beträgt der Grundbedarf für diese Lebensführung gem. den SKOS-RL CHF 997, wobei die Auseinandersetzung um die Leistungshöhe aktuell ist. 190

Die Aufgabe der Sozialhilfe ist es, die Existenz zu sichern, die Selbständigkeit zu fördern, Notlagen vorzubeugen und zur beruflichen und sozialen Integration beizutragen. Beschäftigungsprogramme können zur beruflichen und sozialen Integration verhelfen, wobei die anderen Ziele, insbesondere die Existenzsicherung, zu beachten bleiben. 191

Die Prinzipien der Sozialhilfe charakterisieren die Sozialhilfe zusammengefasst als konkrete, gegenwärtige, individuelle, verschuldensunabhängige und nachrangige Hilfe; die Prinzipien ergänzen sich, stehen aber auch in einem Spannungsfeld zueinander.⁴⁵⁵ Für die vorliegende Untersuchung stellt sich insbesondere das Verhältnis zwischen dem Subsidiaritätsprinzip und dem Final- und Bedarfsdeckungsprinzip als zentral heraus. Ist eine Bedürftigkeit, die bestehen bleibt, weil nicht an einem angebotenen (entlöhnten) Beschäftigungsprogramm teilgenommen wird, 192

⁴⁵² BGE 130 I 71, E. 4.3.

⁴⁵³ HOBI, N 22.

⁴⁵⁴ BGE 142 I 1, E. 7.3.

⁴⁵⁵ WIZENT, Sozialhilferecht, N 394.

lediglich eine selbstverschuldete Bedürftigkeit und sind somit weiterhin Leistungen zu entrichten? Oder aber ist die betroffene Person in der Lage, für sich selber zu sorgen, und hat somit keinen Anspruch auf die lediglich nachrangig zu gewährende Sozialhilfe? Es zeigt sich auch, dass das Finalprinzip gegen die Anrechnung von nicht effektiv realisierten Einkommen spricht, das Subsidiaritätsprinzip dieses hingegen gerade zulässt, insbesondere wenn es sich beim nicht realisierten Einkommen um Einkommen aus einem Beschäftigungsprogramm handelt.

III. Grundzüge des Rechts auf Hilfe in Notlagen (Art. 12 BV)

A. Allgemeines: Vom ungeschriebenen Recht auf Existenzsicherung zum Recht auf Hilfe in Notlagen

- 193 1995 anerkannte das Bundesgericht ein ungeschriebenes Grundrecht auf Existenzsicherung. Das Bundesgericht argumentierte, gestützt auf die Menschenwürde, das Recht auf Leben als Kerngehalt der persönlichen Freiheit und den Gleichheitssatz, dem auch die Funktion zukomme, minimale materielle Gerechtigkeit zu garantieren, habe eine Person ein Recht auf die Leistungen, die sie um ihres Menschseins willen vom Gemeinwesen erwarten darf.⁴⁵⁶ Somit erfüllte das Recht auf Existenzsicherung die Voraussetzungen der Anerkennung als ungeschriebenes Verfassungsrecht unter der alten Bundesverfassung, nämlich dass es eine Voraussetzung für die Ausübung anderer (in der Verfassung genannter) Freiheitsrechte bildet.⁴⁵⁷ Dies kann als deutlicher Ausdruck davon gewertet werden, dass aus Grundrechten positive staatliche Pflichten fliessen,⁴⁵⁸ was sich im konstitutiven Grundrechtsverständnis widerspiegelt. Danach müssen die Grundrechte in der gesamten Rechtsordnung zur Geltung kommen.⁴⁵⁹ Anders ausgedrückt fällt die Sicherung der Existenz der Bürger_innen unter das elementare Schutzversprechen

⁴⁵⁶ BGE 121 I 367, E. 2b.

⁴⁵⁷ BGE 121 I 367, E. 2a; siehe dazu auch: MÜLLER J. P., S. 174 f.; MÜLLER/SCHEFER, S. 764.

⁴⁵⁸ SCHEFER, S. 247.

⁴⁵⁹ Art. 35 Abs. 1 BV; MÜLLER J. P., S. 50.

des Staates.⁴⁶⁰ Staatliche Existenzsicherung soll verhindern, dass bedürftige Personen in die Abhängigkeit ihrer Umgebung geraten und ihre Existenz von deren Wohlwollen abhängig wird. Eine solche paternalistische Abhängigkeit würde sämtliche Wahlmöglichkeiten hinsichtlich der persönlichen Lebensgestaltung unterdrücken.⁴⁶¹

In der neuen Bundesverfassung vom April 1999 fand schliesslich nicht ein 194
«Grundrecht auf Existenzsicherung», sondern mit Art. 12 BV ein «Recht auf Hilfe in Notlagen» Berücksichtigung. Es wurde damit ein individuell justiziables soziales Grundrecht geschaffen. Das heisst, die Einzelnen können direkt gestützt auf die Verfassungsbestimmung staatliche Leistungen geltend machen.⁴⁶² Das Grundrecht auf Hilfe in Notlagen stellt die Möglichkeit der tatsächlichen Grundrechtsausübung sicher.⁴⁶³

In der parlamentarischen Beratung zur neuen Bundesverfassung wurde nicht nur 195
der Titel der neuen Verfassungsbestimmung in Art. 12 BV von «Recht auf Existenzsicherung» auf «Recht auf Hilfe in Notlagen» geändert, sondern auch der Wortlaut um den Zusatz «und nicht in der Lage ist, für sich selber zu sorgen» erweitert.⁴⁶⁴ Anspruch auf Hilfe und Betreuung und auf die Mittel, die für ein menschenwürdiges Dasein unerlässlich sind, hat demnach, wer in Not gerät und nicht in der Lage ist, für sich zu sorgen.⁴⁶⁵ Mit dieser Erweiterung sollte der Begriff der Notlage präzisiert und die Subsidiarität der staatlichen Leistungen betont werden.⁴⁶⁶ Es wurde damit der Angst begegnet, dass ein umfassendes Grundeinkommen garantiert würde.⁴⁶⁷

Obwohl an sich die vor der Totalrevision der BV geltende Praxis hätte kodifiziert 196
werden sollen, hatten die Textänderungen in der folgenden Rechtsprechung Aus-

⁴⁶⁰ AMSTUTZ, S. 97; GÄCHTER/WERDER, BSK-BV, N 10 zu Art. 12 BV.

⁴⁶¹ MÜLLER J. P., S. 174 f.

⁴⁶² Statt vieler: BGE 131 I 166, E. 3.1; GÄCHTER/WERDER, BSK-BV, N 4 zu Art. 12 BV; BIAGGINI, N 2 zu Art. 12 BV.

⁴⁶³ AMSTUTZ, S. 90; GÄCHTER/WERDER, BSK-BV, N 11 zu Art. 12 BV.

⁴⁶⁴ Votum Inderkum, Berichterstatter, AB 1998 S 39 f.; AB 1998 N 684 ff.

⁴⁶⁵ MAHON, Petit commentaire, N 2 zu Art. 12 BV; WALDMANN, S. 352; Hinweise auf Entstehungsgeschichte auch bei: HÄNZI, S. 79.

⁴⁶⁶ AMSTUTZ, Anspruchsvoraussetzungen, S. 19; MÜLLER L., St. Galler Kommentar, N 14 zu Art. 12 BV; GYSIN, S. 57.

⁴⁶⁷ MÜLLER J. P., S. 175.

wirkungen, die den Nothilfeanspruch inhaltlich änderten.⁴⁶⁸ Diese Änderungen erfolgen vor allem über die Auslegung des sachlichen Schutzbereichs und der Anspruchsvoraussetzungen durch das Bundesgericht, das in den parlamentarischen Arbeiten und dem expliziten Erwähnen des Subsidiaritätsprinzips eine «Relativierung» des früheren Rechts auf Existenzsicherung sieht.⁴⁶⁹ Jüngst kritisieren dies auch BELSER/BÄCHLER und fordern, es sei ein ungeschriebenes Grundrecht auf Sozialhilfe anzuerkennen, welches über Art. 12 BV hinausgehe. Dies sei i.S. der Pflicht zur Verwirklichung der Grundrechte notwendig.⁴⁷⁰

B. Persönlicher Geltungsbereich

- 197 Träger des Grundrechts sind alle natürlichen Personen, die sich in der Schweiz aufhalten. Auch Nicht-Schweizer_innen, irregulär Anwesende sowie Menschen, die sich nur für kurze Dauer in der Schweiz aufhalten, können sich auf das Grundrecht berufen und die Leistungen geltend machen.⁴⁷¹ Dies hatte das Bundesgericht bereits bei der Anerkennung des ungeschriebenen Verfassungsrechts auf Existenzsicherung in BGE 121 I 367 zu entscheiden, da es sich bei den Beschwerdeführern um drei irregulär in der Schweiz anwesende tschechische Brüder handelte.⁴⁷²

C. Kompetenzen und Zuständigkeit

- 198 Die Kompetenzregelung der Bundesverfassung verpflichtet die Kantone, die Leistungen gem. Art. 12 BV auszurichten.⁴⁷³ Die Ausgestaltung der Hilfe im Rahmen der verfassungsmässigen Mindestanforderungen obliegt den Kantonen.⁴⁷⁴ Dies leitet sich, wie die kantonale Zuständigkeit im Sozialhilferecht, aus Art. 115 BV ab. Zur Bestimmung des zur Unterstützung zuständigen Kantons wird auf die

⁴⁶⁸ MÜLLER J. P., S. 177.

⁴⁶⁹ Ausdrücklich BGE 130 I 71, E. 4.1; MÜLLER J. P., S. 177; COULLERY, Verfassungsanspruch, N 16.

⁴⁷⁰ BELSER EVA MARIA/BÄCHLER THEA, Das Grundrecht auf Sozialhilfe – Von der Notwendigkeit, ein ungeschriebenes Grundrecht anzuerkennen, dass über das Recht auf Hilfe in Notlagen hinausgeht, ZBl 121/2020, S. 463–488.

⁴⁷¹ MÜLLER/SCHEFER, S. 766; MÜLLER L., St. Galler Kommentar, N 15 zu Art. 12 BV.

⁴⁷² BGE 121 I 367, E. 2d.

⁴⁷³ BELSER/WALDMANN, S. 38.

⁴⁷⁴ MÜLLER L., St. Galler Kommentar, N 25 zu Art. 12 BV; BELSER/WALDMANN, S. 39.

Regelungen des ZUG abgestellt.⁴⁷⁵ Die Kantone können diese Aufgabe den Gemeinden übertragen.⁴⁷⁶ Dementsprechend ist auch das Recht auf Hilfe in Notlagen vornehmlich kantonales Recht.⁴⁷⁷

Zur Nothilfe für ausreisepflichtige Personen des Asylbereichs hat die Konferenz der kantonalen Sozialdirektorinnen und Sozialdirektoren (SODK) Empfehlungen erlassen.⁴⁷⁸

D. Leistungsniveau, Ziel und Aufgabe

Art. 12 BV wird als eine Minimalgarantie interpretiert. Es soll damit nicht ein bestimmtes Mindesteinkommen,⁴⁷⁹ sondern nur, was für das menschenwürdige Überleben notwendig ist und vor einer unwürdigen Bettelexistenz zu bewahren vermag, gewährt werden.⁴⁸⁰ Art. 12 BV kann treffend als «menschenwürdefundierter Kerngehalt der Sozialstaatlichkeit» beschrieben werden.⁴⁸¹ Dabei handelt es sich um eine Überbrückungshilfe.⁴⁸² Die Leistungen umfassen Nahrung, Kleidung, Obdach und medizinische Grundversorgung.⁴⁸³ Es handelt sich hierbei um ein leistungsrechtliches Auffanggrundrecht.⁴⁸⁴ Aufgefangen werden diejenigen Situationen, die durch die Maschen der Eigenverantwortung, der Sozialversicherungen und der allgemeinen Sozialhilfe fallen.⁴⁸⁵

⁴⁷⁵ MAHON, Petit commentaire, N 7 zu Art. 12 BV; MÜLLER L., St. Galler Kommentar, N 25 zu Art. 12 BV.

⁴⁷⁶ BELSER/WALDMANN, S. 38.

⁴⁷⁷ BELSER/WALDMANN, S. 39; WIZENT, Sozialhilferecht, N 226.

⁴⁷⁸ Siehe: SODK, Empfehlungen zur Nothilfe für ausreisepflichtige Personen des Asylbereichs, www.sodk.ch (Dokumentation / Empfehlungen), besucht am 30.04.2021.

⁴⁷⁹ BIAGGINI, N 2 zu Art. 12 BV; MAHON, Petit commentaire, N 4 zu Art. 12 BV.

⁴⁸⁰ Statt vieler: BGE 130 I 71, E. 4.1; UEBERSAX, S. 35.

⁴⁸¹ WIZENT, S. 110; SUTER, N 67; ähnlich auch: HÄNZI, S. 85; SCHALLER SCHENK, S. 258.

⁴⁸² BGE 142 V 513, E. 5.1; BGE 142 I 1, E. 7.2.1; AMSTUTZ, Anspruchsvoraussetzungen, S. 19; RÜEGG, S. 157; zur Kritik an dieser bundesgerichtlichen Interpretation: COULERY, Verfassungsanspruch, N 16; MÜLLER J. P., S. 177.

⁴⁸³ Statt vieler: BGE 130 I 71, E. 4.1.

⁴⁸⁴ SCHEFER, S. 338.

⁴⁸⁵ GÄCHTER/WERDER, BSK-BV, N 8 zu Art. 12 BV; BELSER/WALDMANN, S. 32.

Die enge Konzeption der Nothilfe und deren Abkoppelung vom kantonalen Sozialhilferecht wird kritisiert. So wird dies als einer der Bereiche identifiziert, in welchem das Bundesgericht Art. 12 BV im Vergleich zum ungeschriebenen Recht auf Existenzsicherung in Anbetracht der Entstehungsgeschichte (zu sehr) relativiert hat.⁴⁸⁶ Die Rechtsprechung des Bundesgerichts sei nicht konsequent, wenn der Nothilfe lediglich der Charakter einer Überbrückungshilfe zugesprochen werde, die Dauer des Nothilfebezugs aber nicht klar befristet werde.⁴⁸⁷

Abstrakt und abschliessend lässt sich der Inhalt der Leistung aus Art. 12 BV nicht festlegen, was mit dem engen Zusammenhang mit der Menschenwürde und der Offenheit und Unmöglichkeit einer Definition derselben begründet wird.⁴⁸⁸ Ein Differenzierungsgebot ergibt sich auch aus dem den Leistungen zu Grunde liegenden Rechtsgleichheitsgebot.⁴⁸⁹ Einen Einfluss auf das Leistungsniveau kann auch die Dauer des Nothilfebezugs haben, d.h., bei länger dauernder Unterstützung sollen die Leistungen höher liegen.⁴⁹⁰ Denn trotz des Charakters einer Überbrückungshilfe ist bei Lücken in den übergeordneten Sicherungssystemen Nothilfe dauerhaft zu gewähren.

- 200 In der Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Art. 12 BV stehen Fälle aus dem Bereich des Asylrechts im Vordergrund.⁴⁹¹ Der Leistungsumfang wird v.a. in diesem Zusammenhang mit Personen, die von der Sozialhilfe ausgeschlossen sind,⁴⁹² konkretisiert.⁴⁹³ Ein Betrag von CHF 21/Tag, wovon CHF 8 für Essen und Hygiene vorgesehen sind und CHF 13 für die Unterkunft, wird für abgewiesene Asylbewerber_innen als genügend hoch angesehen, um eine menschenwürdige Existenz zu sichern.⁴⁹⁴ Die Unterbringung eines jungen, ledigen Mannes bei guter Gesundheit in einem Luftschutzraum des Zivilschutzes ist gem. BGE 139 I 272

⁴⁸⁶ MÜLLER J. P., S. 180; COULLERY, Verfassungsanspruch, N 16.

⁴⁸⁷ COULLERY, Verfassungsanspruch, N 16.

⁴⁸⁸ MÜLLER/SCHEFER, S. 770; siehe zu dieser Offenheit des Würdebegriffs auch Kapitel 6, N 602 ff.

⁴⁸⁹ BIGLER-EGGENBERGER, N 8 zu Art. 12 BV.

⁴⁹⁰ AMSTUTZ, Anspruchsvoraussetzungen, S. 27; ähnlich: WALDMANN, S. 357 und 362 in Bezug auf die Unterkunft in einer Zivilschutzanlage.

⁴⁹¹ So auch: HERTIG RANDALL, déterminer, S. 145 f.

⁴⁹² Insbesondere abgewiesene Asylbewerber_innen; WIZENT, Sozialhilferecht, N 231 f.

⁴⁹³ BIAGGINI, N 3 zu Art. 12 BV; für eine bereits etwas ältere Übersicht zu den Konkretisierungen der Leistungen in diesem Bereich siehe: BELSER/WALDMANN, S. 38 ff.

⁴⁹⁴ BGE 131 I 166, E. 8.1.

mit Art. 12 BV und der Menschenwürde vereinbar.⁴⁹⁵ Dasselbe wäre *e contrario* für eine Person mit gesundheitlichen Problemen oder einer sonstigen erhöhten Vulnerabilität nicht der Fall.⁴⁹⁶

Diese Grundsätze sind nicht ohne Weiteres auf Schweizer_innen und ausländische Personen mit einem Anwesenheitsrecht übertragbar. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung verstösst es nicht gegen Art. 8 Abs. 1 BV, Personen aufgrund ihres Aufenthaltsstatus unterschiedlich zu behandeln. Insbesondere Personen, deren Aufenthalt nicht mit der Integration in die Gesellschaft enden soll, dürfen tiefere Leistungen erbracht werden als Personen, die sich integrieren sollen.⁴⁹⁷ 201

Aufgrund der engen Konzeption als Minimalgarantie und der entsprechend engen Auslegung des Schutzbereichs von Art. 12 BV stellt sich die Frage, ob dieser geschützte Lebensstandard, der u.a. auch soziale oder kulturelle Kontakte ausschliesst, tatsächlich mit einem menschenwürdigen Dasein vereinbar ist⁴⁹⁸ und ob damit der Rechtsgleichheit sowie weiteren Grundrechten, die durch Art. 12 BV konkretisiert werden sollen, genügend Rechnung getragen wird.⁴⁹⁹ Die Ausgrenzung und die Stigmatisierung, die mit solch tiefen Leistungen verbunden sind, sind geeignet, die Menschenwürde gem. Art. 7 BV zu tangieren.⁵⁰⁰ Insbesondere auch die Unterscheidungen nach Personengruppen und die verfolgte abschreckende Wirkung des Nothilfebezugs⁵⁰¹ führen richtigerweise zu dezidierter Kritik.⁵⁰² 202

⁴⁹⁵ BGE 139 I 272, E. 3.4.

⁴⁹⁶ Ähnlich: HERTIG RANDALL, *déterminer*, S. 149.

⁴⁹⁷ BGE 130 I 1, E. 3.6; BGE 131 I 166, E. 7.2.1; BGE 135 I 119, E. 5.4; siehe auch: HERTIG RANDALL, *déterminer*, S. 148.

⁴⁹⁸ Verneinend: COULLERY, *Verfassungsanspruch*, N 4.

⁴⁹⁹ BELSER/WALDMANN, S. 37 f.; MÜLLER J. P., S. 172 f., ausführlich zur Konkretisierung von Art. 12 BV: AMSTUTZ, S. 177 ff.

⁵⁰⁰ COULLERY/MEWES, N 12 f.

⁵⁰¹ Vgl. die Botschaft des Bundesrates zum Entlastungsprogramm 2003 für den Bundeshaushalt (EP 03) vom 2. Juli 2003, BBl 2003 5651, 5690: «Zudem dürfte diese Massnahme eine abschreckende Wirkung haben»; ausführlich dazu auch: POVLAKIC KARIN, *Exclusion de l'aide sociale et dignité de la personne humaine*, Asyl 4/2008, S. 13–19.

⁵⁰² Siehe z.B. BIGLER-EGGENBERGER, N 8 zu Art. 12 BV: «Das (die Schikane und das Leistungsniveau) gemahnt an die Behandlung von Flüchtlingen in der Zeit des Zweiten Weltkrieges und hat mit der Art. 12 zugrundeliegenden Achtung der Personen- und Menschenwürde nichts mehr zu tun»; siehe unter den vielen kritischen Stimmen etwa auch: MÜLLER/SCHEFER, S. 780 f.; WIZENT, S. 114 f. m.w.H.; HERTIG RANDALL, *déterminer*, S. 149, insbes. in einer rechtsvergleichenden Perspektive mit Deutschland, S. 153 ff.

- 203 Art. 12 BV ist nicht als geeignetes Unterstützungsregime für die ständige Wohnbevölkerung zu betrachten,⁵⁰³ was denn wiederum die Frage aufwirft, ob die grundrechtlich gebotenen Leistungen für Personen mit Integrationsziel nicht auf dem Niveau der Sozialhilfe und der SKOS-Richtlinien liegen müssten.⁵⁰⁴ Wie hoch die Nothilfe für Schweizer_innen und Ausländer_innen mit einem Aufenthaltsrecht betragsmässig zu sein hat, ist also weitgehend ungeklärt – obschon das Bundesgericht davon ausging, dass klar erkennbar sei, was zu den unabdingbaren Voraussetzungen eines menschenwürdigen Lebens notwendig sei.⁵⁰⁵
- 204 Das eng umgrenzte Niveau der Leistungen zeigt zumindest, dass die berufliche oder soziale Integration zu ermöglichen nicht Leistungszweck darstellt, sondern dass es lediglich um eine materielle Existenzsicherung geht.⁵⁰⁶

Nebst der materiellen Existenzsicherung verleiht Art. 12 BV einen Anspruch auf «Hilfe und Betreuung». Dieser steht nach wie vor nicht im Zentrum der Auseinandersetzung mit dem Recht auf Hilfe in Notlagen⁵⁰⁷ und steht auch im Nachfolgenden nicht im Fokus.

E. Kerngehaltsgarantie: keine Ausnahmen und Schranken

- 205 Eine Einschränkung der Leistungen aus Art. 12 BV ist nicht möglich, da sich der Schutzbereich und der Kerngehalt der Garantie decken.⁵⁰⁸ Es handelt sich um eine «schwarz-weiss»-⁵⁰⁹ oder «alles-oder-nichts»-⁵¹⁰-Bestimmung. Entweder es besteht ein Anspruch auf die Leistungen oder nicht.⁵¹¹ Eine sanktionsweise Kürzung der Nothilfeleistungen ist nicht gestattet.⁵¹²

⁵⁰³ Siehe bereits N 95; SKOS-RL, A.9.

⁵⁰⁴ So unlängst: MÜLLER J. P., S. 182 ff.; COULLERY, Verfassungsanspruch, N 16; WIZENT, Sozialhilferecht, N 243; HEUSSER, Repression, S. 128.

⁵⁰⁵ BGE 121 I 367, E. 2c.

⁵⁰⁶ WALDMANN, S. 350; BIGLER-EGGENBERGER, N 32 zu Art. 12 BV.

⁵⁰⁷ So auch bereits: AMSTUTZ, S. 65.

⁵⁰⁸ BGE 130 I 71, E. 4.2; danach bestätigt in: BGE 131 I 166, E. 3.1; BGE 139 I 218, E. 5.2; BGE 142 I 1, E. 7.2.4.

⁵⁰⁹ BIAGGINI, N 9 zu Art. 12 BV.

⁵¹⁰ UEBERSAX, S. 47.

⁵¹¹ So auch: STUDER/PÄRLI, Duty to Work, S. 93 sowie S. 95.

⁵¹² WIZENT, Sozialhilferecht, N 227; AKKAYA, S. 37; BIAGGINI, N 8 zu Art. 12 BV; MÜLLER L., St. Galler Kommentar, N 38 zu Art. 12 BV.

Dies hat das Bundesgericht nach anfänglichem Zögern⁵¹³ anerkannt und insbesondere auf die enge Verbindung der Leistungen mit der Menschenwürde zurückgeführt.⁵¹⁴ Die Uneinschränkbarkeit dieses minimalen Anspruchs auf Würde und Solidarität⁵¹⁵ unterstreicht, wie zentral die Frage der Anspruchsberechtigung ist (vgl. N 207 ff.). Mehrfach wird darauf hingewiesen, dass die Ausführungen des Bundesgerichts, wonach durch den Gesetzgeber erlassene einschränkende Konkretisierungen in sinngemässer (Teil-)Anwendung von Art. 36 BV auf ihre Vereinbarkeit mit dem Verfassungsminimalgehalt zu prüfen seien, inkohärent seien.⁵¹⁶ 206

Ebenfalls wird darauf hingewiesen, dass die Diskussion über einen grösseren Leistungsumfang, der nicht nur das «nackte Überleben» sichere, sondern auch eine minimale soziale Integration ermögliche, wiederum zu Diskussionen um Kürzungen der Leistungen führen werde, da dadurch wohl auch der Kerngehaltscharakter in Frage gestellt würde.⁵¹⁷ Zumindest im Asylbereich muss jedoch davon ausgegangen werden, dass erst durch ein höheres Leistungsniveau überhaupt erst der Würdebezug der Leistungen wiederhergestellt wäre und somit eine Leistungsausweitung den Kerngehaltscharakter erst mal nicht in Frage stellen würde.

F. Anspruchsvoraussetzungen

1. Notlage

Anspruch auf die Mittel, die für eine menschenwürdige Existenz unerlässlich sind, und auf Hilfe und Betreuung hat, wer sich in einer Notlage befindet. Das Vorliegen einer Notlage ist also die Anspruchsvoraussetzung für die Leistungen aus Art. 12 BV. Eine Notlage wird dabei grundsätzlich als eine wirtschaftliche Notlage verstanden, die dann gegeben ist, wenn die für ein menschenwürdiges Dasein unerlässlichen materiellen Grundlagen nicht (selbst) oder nicht rechtzeitig beschafft werden können und eine Person mittellos ist.⁵¹⁸ Es ist im Lichte des Bedarfsdeckungsprinzips zu entscheiden, ob jemand konkret und aktuell nicht über hinrei- 207

⁵¹³ Urteil BGER 2P.147/2002 v. 04.03.2003, E. 3.5.3, wo die Frage noch offengelassen wurde; siehe auch: UEBERSAX, S. 39.

⁵¹⁴ BGE 131 I 166, insbes. E. 3.1.

⁵¹⁵ SCHEFER, S. 339.

⁵¹⁶ BIAGGINI, N 8 zu Art. 12 BV; HANGARTNER, S. 1149.

⁵¹⁷ Vgl. GÄCHTER/WERDER, BSK-BV, N 27 zu Art. 12 BV; MÜLLER/SCHÉFER, S. 776.

⁵¹⁸ HÄNZI, S. 80.

chende Existenzmittel verfügt und diese auch nicht durch direkte Inanspruchnahme Dritter unmittelbar beschaffen kann.⁵¹⁹

- 208 Ob eine Notlage vorliegt, beurteilt sich – wie gem. dem kantonalen Sozialhilferecht – nach einer finalen Betrachtungsweise und dementsprechend unabhängig von den Gründen, die zur Notlage geführt haben. Insbesondere schliesst das Selbstverschulden an der eigenen Not den Anspruch auf Hilfe nicht aus.⁵²⁰ Dies gilt auch, wenn jemand die Notlage gar in «gröblicher Weise» selbst verschuldet hat.⁵²¹ Dadurch wird ausgedrückt, dass jede Person *voraussetzungslos* Anspruch auf minimale Solidarität der Gesellschaft hat.⁵²²

2. Subsidiarität und Eigenverantwortung

- 209 Das Grundrecht auf Hilfe in Notlagen untersteht ebenfalls dem Grundsatz der Subsidiarität. Dies äussert sich im Verfassungstext durch den Teilsatz «und nicht in der Lage ist, für sich zu sorgen», der erst in den parlamentarischen Beratungen zu Art. 12 BV eingeführt wurde. Es ist jedoch anzumerken, dass die grundsätzliche Nachrangigkeit der staatlichen Hilfe nie umstritten war; auch nicht bei den Gegner_innen dieser textlichen Ergänzung.⁵²³
- 210 Die Subsidiarität in der Nothilfe bedeutet – wie im Sozialhilferecht –, dass Eigenmittel aus zumutbarer Selbsthilfe, Leistungsverpflichtungen Dritter, insbesondere der Sozialversicherungen, und freiwillige Leistungen Dritter der staatlichen Unterstützung vorgehen.⁵²⁴ Sie dient entsprechend ebenfalls in erster Linie der Koordination. Als Eigenmittel gilt auch hier ein Einkommen aus der zumutbaren Verwertung der eigenen Arbeitskraft. Arbeiten ist eine Möglichkeit, um für sich

⁵¹⁹ AMSTUTZ, Einstellung, S. 98.

⁵²⁰ AMSTUTZ, Anspruchsvoraussetzungen, S. 19; WIZENT, S. 111; SCHEFER, S. 348; UEBERSAX, S. 44; RIEMER-KAFKA, Hilfe in Notlagen, S. 147; GÄCHTER/WERDER, BSK-BV, N 18 zu Art. 12 BV; MÜLLER L., St. Galler Kommentar, N 18 zu Art. 12 BV.

⁵²¹ BGE 121 I 367, E. 3d; siehe auch: BGE 131 I 166, E. 4.3; BGE 134 I 65, E. 3.3, in: Pra 97 (2008) Nr. 86, S. 560.

⁵²² SCHEFER, S. 348 (Hervorhebung im Original); gl.M.: PÄRLI, Auswirkungen, S. 111.

⁵²³ GYSIN, S. 57; siehe: AB 1998 S 41; AB 1998 N 185 f.; eine grundsätzliche Änderung hätte durch die Einführung eines bedingungslosen Grundeinkommens stattgefunden, dieses wurde jedoch bekanntermassen von Volk und Ständen mit 76,1 % Nein-Stimmen resp. 0 Ständesstimmen abgelehnt, vgl. Bundesratsbeschluss über das Ergebnis der Volksabstimmung vom 5. Juni 2016, BBl 2016 6780.

⁵²⁴ BIGLER-EGGENBERGER, N 21 zu Art. 12 BV, differenzierend zu freiwilligen Leistungen; RÜEGG, S. 46.

selber zu sorgen.⁵²⁵ Die Möglichkeiten der Selbsthilfe stehen unter dem Vorbehalt der Zumutbarkeit, womit die Frage der Subsidiarität i.S.v. Art. 12 BV ebenfalls eng mit derjenigen der Zumutbarkeit verknüpft ist. Damit wird die Eigenverantwortung von der zu erwartenden Solidarität der Gesellschaft abgegrenzt. Wie bereits erwähnt, sieht das Bundesgericht in der ausdrücklichen Erwähnung des Subsidiaritätsprinzips in Art. 12 BV eine Relativierung des Anspruchs an sich.⁵²⁶

Aus diesem in der Subsidiarität enthaltenen Vorgang der (zumutbaren) Möglichkeiten der Selbst- und Fremdhilfe vor den Leistungen aus Art. 12 BV leitet das Bundesgericht auch ab, dass sich eine Person, die eine konkret zur Verfügung stehende zumutbare Arbeit, trotz rechtlicher und faktischer Möglichkeit der Annahme, ablehnt, nicht in einer der Definition von Art. 12 BV entsprechenden Notlage befindet und somit ausserhalb des Schutzbereichs von Art. 12 BV ist. Das als Anspruchsvoraussetzung verstandene Subsidiaritätsprinzip trete so lange nicht in Konflikt mit dem Kerngehaltsanspruch, als eine tatsächliche Möglichkeit bestehe, eine andere Hilfsquelle in Anspruch zu nehmen. Diese Hilfsquelle habe geeignet zu sein, den Existenzbedarf zu decken. Wer eine solche Möglichkeit habe, die erforderlichen Mittel für ein menschenwürdiges Dasein zu beschaffen, sei nicht auf Unterstützung angewiesen.⁵²⁷ 211

Das Subsidiaritätsprinzip wird also bezüglich seiner Auswirkungen auf die Anspruchsberechtigung für die Sozial- und Nothilfe gleich ausgelegt.⁵²⁸ In diesem Sinne gilt auch die Teilnahme an einem entlöhnten Beschäftigungsprogramm als Möglichkeit, für sich selber zu sorgen; nicht jedoch die Teilnahme an einem nicht entlöhnten Programm, da damit keine Möglichkeit der Selbstsorge verbunden ist.⁵²⁹ Eine Nichtteilnahme am nicht entlöhnten Programm bleibt für den Nothilfeanspruch folgenlos. 212

Unlängst äusserte sich das Bundesgericht zudem dahingehend, eine Person sei in der Lage, für sich selber zu sorgen, und daher nicht in einer Notlage nach Art. 12 BV, wenn nichts ausser ihrer Geisteshaltung sie davon abhalte, eine Arbeit zu suchen.⁵³⁰ Damit ist nicht eine unmittelbare Möglichkeit, rechtzeitig und ausrei- 213

⁵²⁵ BIGLER-EGGENBERGER, N 21 zu Art. 12 BV.

⁵²⁶ BGE 130 I 71, E. 4.1.

⁵²⁷ Z.B. BGE 139 I 218, E. 5.4; siehe ausführlicher insbes.: N 269 ff.

⁵²⁸ So auch: HÄNZI, Pflicht, N 5.

⁵²⁹ BGE 142 I 1.

⁵³⁰ Urteil BGer 8C_850/2018 v. 12.06.2019.

chend für sich selber zu sorgen, verbunden und bedeutet eine Ausweitung dessen, was i.S. der Subsidiarität den staatlichen Leistungen vorgeht.⁵³¹

3. Auflagen und Bedingungen?

- 214 Die Leistungen nach Art. 12 BV an Auflagen und Bedingungen resp. Nebenbestimmungen zu knüpfen, ist weder nach der Lehre⁵³² noch nach der Rechtsprechung⁵³³ ausgeschlossen. Zulässig sind jedoch nur Auflagen oder Bedingungen, die auf die Verwirklichung des Schutzzwecks gerichtet sind⁵³⁴ und dieses Ziel bei einer zwangsweisen Durchsetzung der Auflage tatsächlich erreichen und so zu einem verfassungsmässigen Zustand führen.⁵³⁵ Die Zulässigkeit von Auflagen und Bedingungen leitet das Bundesgericht ebenfalls aus der Subsidiarität der Leistungen und der in Art. 12 BV enthaltenen Phrase «nicht in der Lage ist, für sich zu sorgen» ab.⁵³⁶

Die Übertragbarkeit der verwaltungsrechtlichen Figur von Nebenbestimmungen auf einen verfassungsmässigen (Kerngehalts-)Anspruch wurde vom Bundesgericht nicht vertieft erörtert. Dies kann als problematisch betrachtet werden, weil es sich im Wesentlichen um die Frage der Anspruchsberechtigung und nicht der individuell-konkreten Ausgestaltung eines bestehenden Unterstützungsverhältnisses handelt.⁵³⁷

- 215 Jedenfalls sind mit dem Kerngehaltscharakter von Art. 12 BV Bedingungen und Auflagen nur vereinbar, wenn sie keine Einschränkung dieses Grundrechts bewirken und wenn sie die Sicherstellung der tatsächlichen Ausübung des Grundrechts bezwecken.⁵³⁸ Es sollen also nur solche Bedingungen zulässig sein, die dem Subsidiaritätsprinzip zum Durchbruch verhelfen.⁵³⁹ Als zulässige Bedingungen und

⁵³¹ So auch bereits und kritisch dazu: STUDER, S. 343.

⁵³² HARTMANN, S. 422; BIAGGINI, N 5 zu Art. 12 BV; MÜLLER L., St. Galler Kommentar, N 36 zu Art. 12 BV; GÄCHTER/WERDER, BSK-BV, N 41 zu Art. 12 BV; missverständlich TSCHUDI C., S. 127, soweit festgehalten wird, dass das Grundrecht auf Hilfe in Notlagen bedingungsfeindlich sei.

⁵³³ Siehe insbes. BGE 131 I 166.

⁵³⁴ GÄCHTER/WERDER, BSK-BV, N 41 zu Art. 12 BV.

⁵³⁵ BGE 131 I 166, E. 4.4; MÜLLER L., St. Galler Kommentar, N 36 zu Art. 12 BV.

⁵³⁶ KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, § 39 N 27.

⁵³⁷ BIAGGINI, N 5 zu Art. 12 BV.

⁵³⁸ MÜLLER/SCHEFER, S. 778 f.; DUBEY, N 4629.

⁵³⁹ TSCHUDI C., S. 127.

Auflagen wird etwa die Mitwirkung bei der Feststellung der Notlage genannt.⁵⁴⁰ Sachfremde Auflagen und Bedingungen sind ausgeschlossen. Damit sind Auflagen und Bedingungen gemeint, die nicht zur Beseitigung der Notlage führen, sondern diese geradezu aktualisieren, da sie offenbar anderen Zwecken dienen als der Beseitigung der Notlage.⁵⁴¹

Anwendungsfälle finden sich vornehmlich im Bereich der Nothilfe für Asylbewerber innen: Wie das Bundesgericht in einem viel beachteten Fall festhielt, ist die Verknüpfung der Gewährung der Nothilfe mit der Auflage, an der Beschaffung von Ausweispapieren mitzuarbeiten, damit die Ausschaffung durchgesetzt werden kann, zweckfremd.⁵⁴² Ebenfalls unzulässig ist es, von einer Person zu verlangen, dass sie in einer Notunterkunft lebt, obwohl sie hinsichtlich der Unterkunft nicht nothilfebedürftig ist.⁵⁴³ Ob Anwesenheits- und Meldepflichten in der Asylgruppenunterkunft als Voraussetzung für die Gewährung von Nothilfeleistungen gelten dürfen, ist umstritten.⁵⁴⁴

Darüber hinaus haben die Auflagen und Bedingungen geeignet und erforderlich zu sein, um das angestrebte Ziel zu erreichen. Schliesslich müssen sie der betroffenen Person zugemutet werden können.⁵⁴⁵

G. Verhältnis zum kantonalen Sozialhilferecht

Zwischen Art. 12 BV und dem kantonalen Recht auf Sozialhilfe besteht ein enger Zusammenhang. Art. 12 BV stellt zwar (u.a.) den Kern des Sozialhilferechts dar – wer in einer finanziellen Notlage ist, ist zugleich auch bedürftig.⁵⁴⁶ Materielle

⁵⁴⁰ DUBÉY, N 4632.

⁵⁴¹ BGE 131 I 166, E. 4.4; mit Hinweis darauf statt vieler: BREINING-KAUFMANN/WINTSCH, S. 502; GÄCHTER/WERDER, BSK-BV, N 41 zu Art. 12 BV; HARTMANN, S. 422.

⁵⁴² BGE 131 I 166.

⁵⁴³ BGE 138 V 310, E. 5.3.

⁵⁴⁴ Nach hier vertretener Ansicht richtigerweise dagegen: MOECKLI DANIEL/KIENER REGINA, Rechtsgutachten zum Nothilferegime des Kantons Zürich, ZBl 119/2018, 507 ff., 532 f.; BÜCHLER ALEXANDRA ET AL., Anwesenheitspflicht in Kollektivunterkünften ist unzulässig, Asyl 1/2019, S. 38–42; a.M. aber: VerwG ZH, Urteil VB.2017.00299 v. 27.10.2017; das BGer trat nicht ein auf eine Beschwerde gegen eine Verwaltungsverordnung des Kantons Bern, die eine solche Anwesenheitspflicht einführte, vgl. Urteil BGer 8C_113/2019 v. 21.02.2019.

⁵⁴⁵ DUBÉY, N 4630.

⁵⁴⁶ WIZENT, S. 117; DERS., Sozialhilferecht, N 227.

Nothilfe ist daher immer auch materielle Sozialhilfe.⁵⁴⁷ Es ist unbestritten, dass die Leistungen der Sozialhilfe im Grundsatz über dem verfassungsmässig gebotenen Minimum liegen und sich die Leistungen in ihrer Höhe «deutlich» unterscheiden.⁵⁴⁸ Wo genau jedoch die Grenze zu ziehen ist, ist weitgehend unklar, was wohl nicht zuletzt darauf zurückzuführen ist, dass eine Bestimmung des «menschenwürdige» Gebotenen gem. Art. 12 BV schwierig vorzunehmen ist (siehe N 199). Das Recht auf Hilfe in Notlagen wird erst dann unmittelbar relevant im Sinne eines justiziablen sozialen Grundrechts, wenn das gem. Art. 12 BV gebotene Minimum durch das kantonale Sozialhilferecht unterschritten oder nicht geboten wird. Dann ist es Aufgabe der Gerichte, gestützt auf Art. 12 BV das Notwendige zur Wahrung eines menschenwürdigen Daseins vorzukehren.⁵⁴⁹

- 217 Die SKOS-RL tragen mit der Formulierung in Kapitel A.9, wonach Nothilfe unter Vorbehalt des Sanktionensystems nicht als Unterstützungsregime für die reguläre Wohnbevölkerung gelten soll, wenig zur Klärung des Verhältnisses zwischen Not- und Sozialhilfe bei. Vielmehr aktualisiert sich dadurch die Frage, welche sozialhilferechtliche Sanktion zulässig ist, ohne dass damit in die für ein menschenwürdiges Dasein unerlässlichen Mittel eingegriffen wird.⁵⁵⁰
- 218 Es bleibt anzumerken, dass das Recht auf Hilfe in Notlagen mehr umfasst als lediglich eine «kleine Sozialhilfe».⁵⁵¹ Art. 12 BV findet nicht nur in Situationen materieller Bedürftigkeit und finanzieller Notlagen Anwendung, sondern auch in anders gearteten Notlagen, die bspw. durch eine Naturkatastrophe oder eine Bergnot ausgelöst werden.⁵⁵² Auf Sozialhilfe besteht in einer solchen Situation kein Anspruch. Auch ist nicht zu vergessen, dass Art. 12 BV als Grundrecht nebst seiner leistungsbegründenden Funktion auch als Abwehrrecht wirkt und untersagt, dass den Einzelnen Verpflichtungen und finanzielle Lasten auferlegt werden, zu

⁵⁴⁷ WIZENT, S. 121.

⁵⁴⁸ WIZENT, S. 117; ähnlich: HÄNZI, S. 82; BIGLER-EGGENBERGER, N 35 zu Art. 12 BV; GYSIN, S. 230; SCHALLER SCHENK, S. 257; WIZENT, Sozialhilferecht, N 238 f.

⁵⁴⁹ BELSER/WALDMANN, S. 37; ähnlich auch bereits BGE 121 I 367, E. 2c: «Lediglich dann, wenn das einfache Gesetzesrecht im Ergebnis dem verfassungsrechtlichen Minimalanspruch nicht zu genügen vermag, ist unmittelbar darauf abzustellen.»

⁵⁵⁰ Siehe auch SCHALLER SCHENK, S. 261 f., die festhält, dass die SKOS-RL wenig zur Klärung des Umfangs der Leistungen aus Art. 12 BV beitragen.

⁵⁵¹ WIZENT, S. 116; BIGLER-EGGENBERGER, N 13 zu Art. 12 BV; MÜLLER/SCHEFER, S. 777; HÄNZI, S. 85; UEBERSAX, S. 42.

⁵⁵² BIGLER-EGGENBERGER, N 32 zu Art. 12 BV; UEBERSAX, S. 56; WIZENT, S. 111.

deren Erfüllung die für ein menschenwürdiges Leben notwendigen Mittel angegriffen werden müssten.⁵⁵³

Zentral ist es jedoch, darauf hinzuweisen, dass Art. 12 BV im Gegensatz zum gesetzlichen Anspruch auf Sozialhilfe einen grundrechtlichen Kerngehaltsschutz darstellt. Dies ist stets zu vergegenwärtigen, damit die daraus fliessende Funktion – ein menschenwürdiges Dasein zu ermöglichen – nicht aus dem Blickfeld gerät.⁵⁵⁴ Dies aktualisiert sich insbesondere beim hier zentralen Thema der Subsidiarität, aber auch in Bezug auf die Frage des Rechtsmissbrauchs.⁵⁵⁵ Eine klare Trennung zwischen sozialhilferechtlichen und grundrechtlichen Argumenten lässt teilweise auch die Rechtsprechung vermissen, so dass Fragen des kantonalen Sozialhilferechts als Aspekte von Art. 12 BV diskutiert werden⁵⁵⁶ und gerade auch die Anspruchsvoraussetzungen i.S. der Subsidiarität gleichgesetzt werden.⁵⁵⁷ Letzteres wird auch als Gefahr für das Grundrecht auf Hilfe in Notlagen beschrieben.⁵⁵⁸

H. Zwischenfazit

Das Recht auf Hilfe in Notlagen ist ein soziales Grundrecht und dient der leistungsrechtlichen Absicherung der Menschenwürde und anderer Grundrechte. Unmittelbare Relevanz erlangt es, sofern die kantonalen Sozialhilfeleistungen nicht ausreichen, um eine menschenwürdige Existenz zu sichern. Aufgrund des eng umgrenzten Leistungsumfangs und des engen Zusammenhangs der Leistungen mit der Menschenwürde ist es nicht möglich, die Nothilfe zu kürzen. Der Schutzbereich des leistungsrechtlichen Auffanggrundrechts fällt mit seinem Kerngehalt zusammen. Die soziale oder berufliche Integration zu erreichen, ist nicht Leistungszweck der Nothilfe.

⁵⁵³ UEBERSAX, S. 37; MÜLLER/SCHEFER, S. 763.

⁵⁵⁴ MÜLLER/SCHEFER, S. 777.

⁵⁵⁵ MÜLLER/SCHEFER, S. 777; ähnlich auch: HÄNZI, S. 90; zum Rechtsmissbrauch siehe ausführlicher: N 300 ff.

⁵⁵⁶ MÜLLER/SCHEFER, S. 777; HÄNZI, S. 85.

⁵⁵⁷ Z.B. BGE 139 I 218, E. 3.4; Urteil BGer 8C_787/2011 v. 28.02.2012, E. 3.2.1; hingegen wird in BGE 142 I 1 im Ansatz richtigerweise unterschieden zwischen den Anspruchsvoraussetzungen für Nothilfe und den Folgen einer Pflichtverletzung gem. kantonalem Sozialhilferecht; siehe dazu: STUDER/PÄRLI, S. 1391 f.

⁵⁵⁸ WIZENT, Sozialhilferecht, N 241.

- 221 Der Anspruch ist ebenfalls verschuldensunabhängig, untersteht jedoch der Subsidiarität. Durch die Übertragung der Anforderungen an die Subsidiarität aus der Sozialhilfe auf das Recht auf Hilfe in Notlagen ergeben sich hier dieselben Spannungsfelder. Dabei akzentuiert sich gerade dasjenige zwischen der Verschuldensunabhängigkeit und der Anforderung, sich mittels zumutbarer Arbeit in einem Beschäftigungsprogramm selber zu helfen. Dies führt zu drängenden Fragen, etwa danach, wie die menschenwürdige Existenz weiter gesichert werden soll.

IV. Zusammenfassung Kapitel 2

- 222 Es konnten insbesondere folgende *Grundsätze* etabliert werden, die nachfolgend weiter von Bedeutung sein werden:

Die *Kantone sind zuständig* für die Ausrichtung der Sozial- und Nothilfeleistungen. Dabei sind sie bei der Ausgestaltung der Sozialhilfe grundsätzlich frei, solange sie die *Mindestvorgaben von Art. 12 BV* beachten. Dem gilt es hinzuzufügen – und dies wird der Hauptfokus von Teil II der vorliegenden Arbeit sein –, dass nicht nur Art. 12 BV bei der Ausgestaltung des kantonalen Sozialhilferechts und sozialhilferechtlicher Beschäftigungsprogramme zu berücksichtigen ist, sondern auch die restlichen Bestimmungen der BV, also auch die weiteren in der BV enthaltenen Grundrechte.

- 223 Die *Sozialhilfe* bietet allgemein ein *höheres Leistungsniveau* als die Nothilfe und strebt die *soziale und berufliche Reintegration* der Bedürftigen an; dies ist kein Leistungsziel der *Hilfe in Notlagen*, die lediglich das *menschenwürdige Dasein* sichern soll. Beide Leistungen sind bedarfsabhängig und ihre Ausrichtung ist nicht von den Gründen der Bedürftigkeit abhängig (*Bedarfsdeckung und Finalität*). Sie unterstehen dem Vorbehalt der *Subsidiarität*. Letzteres umfasst die Frage, welche Eigenleistungen der staatlichen Unterstützung vorgehen und ob die Teilnahme an einem Beschäftigungsprogramm dazugehört.
- 224 Für beide Leistungen wird die Teilnahme an einem *entlöhnten Beschäftigungsprogramm* als eine Frage der Anspruchsberechtigung behandelt. Fraglich ist, ob diese Analogie in Anbetracht dessen, dass Art. 12 BV einen grundrechtlichen Kerngehaltsschutz darstellt, zu rechtfertigen ist. Eine Nichtteilnahme an einem *nicht entlöhnten Beschäftigungsprogramm* ist hingegen in der Sozialhilfe als eine *Verletzung der Minderungspflichten* zu betrachten, welche allenfalls zu Sanktionen

führen kann. Dabei fragt sich, unter welchen Bedingungen dies möglich sein soll. Auswirkungen auf den Anspruch auf Nothilfe ergeben sich nicht.

Schliesslich wurde sowohl in Bezug auf die Nothilfe als auch die Sozialhilfe aufgezeigt, dass das *tiefe Leistungsniveau* und der (politische) Druck, dem beide Unterstützungssysteme ausgesetzt sind, zu berechtigter Kritik in der Lehre führen. Diese Aspekte werden nachfolgend nicht mehr vertieft. Es steht weiter die Frage im Zentrum, ob der Anspruch auf diese Leistungen von der Teilnahme an einem (zumutbaren) Beschäftigungsprogramm abhängig gemacht werden kann und was denn überhaupt ein zumutbares Programm ist. 225

Kapitel 3 Recht und Praxis des Arbeitens in sozialhilferechtlichen Beschäftigungsverhältnissen

I. Einleitung

- 226 In diesem Kapitel wird dargestellt, wie das Arbeiten in sozialhilferechtlichen Beschäftigungsverhältnissen aktuell geregelt ist.⁵⁵⁹ Dazu werden die kantonalen Sozialhilfegesetze und die aktuelle Gerichts- und – soweit bekannt – Verwaltungspraxis daraufhin untersucht, wie sie die Pflicht zur Teilnahme an einem Beschäftigungsprogramm und die Arbeitsbedingungen in Beschäftigungsprogrammen umschreiben (II). Besonderes untersucht werden explizit festgehaltene «Leistungs- und Gegenleistungspflichten» (II.C). Weiter werden die positiven (III) und negativen Anreize (IV), die mit einem Einsatz in einem sozialhilferechtlichen Beschäftigungsverhältnis verbunden sind, beleuchtet. Der Fokus liegt auf den negativen Anreizen und dabei insbesondere auf der Frage, unter welchen Umständen eine Nichtteilnahme an einem Beschäftigungsprogramm zum Verlust der Anspruchsberechtigung zum Bezug von Sozial- und Nothilfe führen kann (C). Es wird aufgezeigt, inwiefern die Einstellung von Leistungen zu Spannungen mit den oben erläuterten Grundsätzen des Sozial- und des Nothilferechts führt. Eng verbunden mit der Frage, ob der Verlust der Anspruchsberechtigung zum Bezug von Sozial- und Nothilfe bei einer Verweigerung der Teilnahme an einem Beschäftigungsprogramm erfolgen kann, ist die Frage, ob es sich dabei um ein rechtsmissbräuchliches Verhalten handelt und eine Einstellung der Hilfeleistungen aus diesem Grund möglich ist (IV.D).
- 227 Für diese Analyse wurden die SKOS-RL und die gesetzlichen Grundlagen aller Kantone einbezogen, wobei gewisse Aspekte mit Beispielen aus den Kantonen Bern, Uri und Waadt verdeutlicht werden. In einem weiteren Schritt werden drei konkrete Programme aus diesen drei Kantonen vorgestellt. Wie sind die Program-

⁵⁵⁹ Wesentliche Erkenntnisse aus diesem Kapitel sind auch in den Schlussbericht des SNF-Projekts «Arbeiten unter sozialhilferechtlichen Bedingungen» von STUDER ET AL. eingeflossen.

me ausgestaltet? Welche Arbeiten werden unter welchen Bedingungen erledigt und welche Pflichten stehen konkret welchen Rechten gegenüber (V)?

Schliesslich wird dargestellt, welche Grenzen den Verpflichtungen, an einem Programm teilzunehmen, durch die Verankerung von Zumutbarkeitskriterien aktuell gesetzt sind. Auch diesbezüglich werden die SKOS-RL und die kantonalen Rechtsgrundlagen untersucht (VI). Darauf folgt eine systematische Analyse der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (VII.B) und der kantonalen Rechtsprechung (VII.C) dahingehend, ob sich aus diesen Quellen gefestigte Kriterien ableiten lassen. 228

II. Pflicht zur Teilnahme an einem Beschäftigungsprogramm

A. Allgemeines und SKOS-RL

Der Bezug von Sozialhilfe ist seit jeher mit Pflichten verbunden. Diese ergeben sich aus den Zielen der Sozialhilfe und sollen diesen zum Durchbruch verhelfen.⁵⁶⁰ Vor allem das Ziel der beruflichen Integration und des eigenverantwortlichen Handelns sowie die damit verbundenen Pflichten sind Grundpfeiler des aktivierenden Sozialstaates.⁵⁶¹ 229

Die SKOS-RL halten ebenfalls fest, dass sich die Pflichten aus der Zielsetzung der Sozialhilfe ergeben und in der kantonalen Gesetzgebung festgehalten seien. Die Pflichten beruhen gem. den RL einerseits auf dem Grundgedanken von Leistung und Gegenleistung und andererseits auf dem Subsidiaritätsprinzip.⁵⁶² Generell können folgende Pflichten der Sozialhilfeempfänger_innen genannt werden, deren Verletzung zu einer Sanktion führen können: 230

⁵⁶⁰ WIZENT, Sozialhilferecht, N 736.

⁵⁶¹ WIZENT, Sozialhilferecht, N 739; siehe auch: EICHENHOFER, S. 106 ff.; GÄCHTER, S. 86.

⁵⁶² SKOS-RL, A.5.2.

- Anordnungen, Auflagen oder Weisungen befolgen;⁵⁶³
 - Informations- und Mitwirkungspflichten;⁵⁶⁴
 - Zweckgerichtete Verwendung von Leistungen;⁵⁶⁵
 - Pflichten zur Minderung der Bedürftigkeit.⁵⁶⁶
- 231 Besonders von Interesse ist hier die Pflicht zur Minderung der Bedürftigkeit, wonach Sozialhilfeempfänger innen nach ihren Kräften zur Verminderung und Behebung der Notlage beizutragen haben. Die Pflicht zur zumutbaren Selbsthilfe steht in enger Verbindung zu dieser Minderungspflicht. Diese umfasst die Pflicht zur Suche und Aufnahme einer zumutbaren Arbeit, wobei die Teilnahme an einem lohnwirksamen Beschäftigungsprogramm mit der Aufnahme einer zumutbaren Arbeit gleichgesetzt wird. Weiter umfasst die zumutbare Selbsthilfe die Pflicht, einen Beitrag zur beruflichen und sozialen Integration zu erbringen. In diesem Rahmen können unterstützte Personen zur Teilnahme an zweckmässigen und zumutbaren Massnahmen verpflichtet werden.⁵⁶⁷
- 232 Weiter gehen die SKOS-RL davon aus, dass gewisse Pflichten, insbesondere die Gegenleistungspflicht, im Einzelfall konkretisiert werden müssten, was mittels Auflagen zu geschehen habe, wobei sich das Verfahren aus den kantonalen Rechtsgrundlagen zu ergeben habe.⁵⁶⁸ Die Auflage hat sich auf eine rechtliche Grundlage zu stützen und der damit verfolgte Zweck hat sich zwingend mit dem Zweck der Sozialhilfe zu decken. Es ist also die wirtschaftliche und persönliche Selbstständigkeit anzustreben oder die zweckdienliche Verwendung der Sozialhilfegelder sicherzustellen.⁵⁶⁹
- 233 Eine weitere Pflicht ist die Pflicht zur Rückerstattung der bezogenen Leistungen, sobald man dazu in der Lage ist. Diese Rückerstattungspflicht greift selbst dann, wenn die Leistungen rechtmässig bezogen wurden; es sei denn, das kantonale Gesetz sähe etwas anderes vor.⁵⁷⁰

⁵⁶³ HOBI, N 33; WOLFFERS, S. 176; SKOS-RL, A.8.1 i.V.m. A.8.2.

⁵⁶⁴ HOBI, N 33; WOLFFERS, S. 167; SKOS-RL, Kap. A.8.2. i.V.m. Kap. A.5.2.

⁵⁶⁵ HOBI, N 33; WOLFFERS, S. 167.

⁵⁶⁶ SKOS-RL, A.8.2. i.V.m. A.5.2.

⁵⁶⁷ SKOS-RL, A.5.2.

⁵⁶⁸ SKOS-RL, A.8.

⁵⁶⁹ SKOS-RL, A.8.1.

⁵⁷⁰ SKOS-RL, E. 3; HÄNZI, S. 148; MÖSCH PAYOT, § 39.31, erwähnt die Rückerstattung gar als Prinzip des Sozialhilferechts; siehe z.B. den Kanton Waadt, wo bereits auf Verfassungsstufe die Sozialhilfe als grundsätzlich nicht rückerstattungspflichtig erklärt wird, Art. 60 Abs. 1 KV/VD.

B. Konkrete Ausgestaltung in den kantonalen Gesetzen

Mehrere Kantone regeln die Pflichten der Sozialhilfeempfänger_innen kaum. 234 Exemplarisch hält der Kanton Uri in Art. 31 SHG/UR fest: «Wenn die hilfesu- chende Person trotz vorgängiger Mahnung die ihr zumutbare Mitwirkung verwei- gert, namentlich, wenn sie die Auskunftspflicht verletzt oder den verfügten Auf- lagen, Bedingungen oder Weisungen zuwiderhandelt, kann die Sozialhilfebehörde die wirtschaftliche Hilfe verweigern, kürzen oder einstellen.» Ähnlich generelle Regeln kennen die Kantone Obwalden,⁵⁷¹ Schaffhausen⁵⁷² und Zug.⁵⁷³ Aus der Ge- setzgebung wird nicht ersichtlich, welche genauen arbeitsspezifischen Pflichten bestehen. Den Sozialbehörden kommt dementsprechend beim Erlass von Weisun- gen und Auflagen zur beruflichen und sozialen Integration ein grosser Spielraum zu, welcher selbst bei einem Verweis auf die SKOS-RL wenig eingeschränkt wird, da die Richtlinien festhalten, dass sich die Pflichten aus der Zielsetzung der So- zialhilfe ergäben und in der kantonalen Gesetzgebung festgehalten seien.⁵⁷⁴

Der Kanton Bern und 14 weitere Kantone⁵⁷⁵ regeln die Pflichten spezifischer. Im 235 SHG/BE sind die allgemeinen Pflichten festgehalten: Auskunftspflicht,⁵⁷⁶ Pflicht, Weisungen zu befolgen,⁵⁷⁷ und Minderungspflicht, wonach die Sozialhilfeempfän- ger_innen verpflichtet sind, das «zum Vermeiden, Beheben oder Vermindern der Bedürftigkeit Erforderliche selber vorzukehren».⁵⁷⁸ Schliesslich wird eine Pflicht zur Annahme zumutbarer Arbeit oder zur Teilnahme an Integrations- und Beschäf- tigungsprogrammen explizit vorgesehen.⁵⁷⁹

Der Kanton Waadt und die sechs anderen (überwiegend) lateinischsprachigen 236 Kantone⁵⁸⁰ regeln die Arbeits- und Integrationspflichten mit sogenannten Inte- grationsvereinbarungen – tw. auch Eingliederungsverträge o.ä. genannt – zwi-

⁵⁷¹ Art. 14 SHG/OW.

⁵⁷² Art. 26 SHEG/SH.

⁵⁷³ § 3 und § 21^{bis} i.V.m. § 21^{ter} SHG/ZG.

⁵⁷⁴ SKOS-RL, A.5.2.; siehe oben N 230.

⁵⁷⁵ AG, AI, AR, BL, BS, GL, GR, LU, NW, SG, SO, SZ, TG, ZH.

⁵⁷⁶ Art. 28 Abs. 1 SHG/BE.

⁵⁷⁷ Art. 28 Abs. 2 lit. a SHG/BE.

⁵⁷⁸ Art. 28 Abs. 2 lit. b SHG/BE.

⁵⁷⁹ Art. 28 Abs. 2 lit. c SHG/BE.

⁵⁸⁰ FR, GE, JU, NE, VD, VS, TI.

schen dem Sozialdienst und den Sozialhilfeempfänger_innen.⁵⁸¹ Das waadtländische Gesetz hält implizit fest, dass das Unterzeichnen eines Integrationsvertrages eine Pflicht sei, da «*la mauvaise exécution fautive du contrat d'insertion*»⁵⁸² zu einer Sanktion führen könne. Jedoch wird auch dem Sanktionssystem ausgesetzt, wer sich ungenügend bemüht, seine Autonomie wiederzuerlangen,⁵⁸³ worunter wohl durchaus auch die Weigerung, einen Integrationsvertrag abzuschliessen, subsumiert werden könnte.

- 237 Nebst der Pflicht zum Abschluss einer Integrationsvereinbarung trifft auch alle Sozialhilfeempfänger_innen die Pflicht, alle nützlichen Schritte zu unternehmen, um die Bedürftigkeit zu mindern,⁵⁸⁴ sowie eine allgemeine Mitwirkungspflicht.⁵⁸⁵
- 238 Das waadtländische Sozialhilfegesetz regelt v.a. die Massnahmen zur sozialen Integration. Eine Person, die vom Sozialdienst als «vermittlungsfähig» eingestuft wird und die berufliche Integration anzustreben hat, ist verpflichtet, sich beim RAV zur Arbeitsvermittlung zu melden, und ihre Pflichten betreffend die Arbeitsintegration werden fortan durch das «*Loi sur l'emploi*» geregelt. Dieses sieht die Pflicht vor, alles zu unternehmen, was die Rückkehr ins Erwerbsleben fördert. Als Arbeitssuchende sind sie denselben Normen unterstellt wie arbeitslose Personen gem. dem AVIG.⁵⁸⁶

Die Formulierungen in den übrigen Kantonen, die eine Pflicht zum Abschluss einer Integrationsvereinbarung vorsehen, variieren: Zum Beispiel kann gemäss den Gesetzgebungen in den Kantonen Jura⁵⁸⁷ und Neuenburg⁵⁸⁸ eine Person einem Eingliederungsvertrag «unterworfen» (*assujetti*) werden.

- 239 Ausser in den Kantonen Uri, Obwalden, Schaffhausen und Zug finden sich dementsprechend in allen Kantonen arbeitsspezifische Pflichten der Sozialhilfeemp-

⁵⁸¹ Siehe zur Abgrenzung zwischen Verfügung und verwaltungsrechtlichem Vertrag in diesem Kontext: HÄNZI, S. 125, die argumentiert, ein Vertrag sei nur dann das richtige Instrument, wenn es um freiwillige Leistungen, die einen Einsatz regelten, der über das übliche Mass hinaus geleistet werde, gehe. Erzwungenen Verträgen sei mit Skepsis zu begegnen und hier wäre die Verfügung das passende verwaltungsrechtliche Mittel.

⁵⁸² Art. 56 LASV/VD.

⁵⁸³ Art. 45 Abs. 2 LASV/VD.

⁵⁸⁴ Art. 3 Abs. 2 LASV/VD.

⁵⁸⁵ Art. 40 Abs. 1 LASV/VD.

⁵⁸⁶ Art. 23a Abs. 1 LEmp/VD.

⁵⁸⁷ Art. 24 SHG/FR; Art. 20 LASoc/JU.

⁵⁸⁸ Art. 57 Abs. 1 LASoc/NE.

fänger_innen im Gesetz. Nicht weniger als 19 Kantone sehen eine Pflicht vor, an Beschäftigungsprogrammen teilzunehmen; 22 eine Pflicht, eine zumutbare Arbeit anzunehmen. Dies fasst die nachfolgende Tabelle zusammen.

Tabelle 1: Übersicht Arbeitspflichten kantonale Sozialhilfegesetze (eigene Recherche)

	Auf Gesetzesstufe	Auf Verordnungsstufe
(nur) Pflicht zur Aufnahme einer Arbeit	GL, SG ⁵⁸⁹	SZ ⁵⁹⁰
Pflicht zur Aufnahme einer Arbeit und Pflicht zur Teilnahme an einem Beschäftigungsprogramm	AG, AR, BE, BS, LU, NW, SO, TG, ZH ⁵⁹¹	AI, BL, GR ⁵⁹²
Kantone mit Integrationsvereinbarung		
Pflicht zur Annahme einer Integrationsvereinbarung	FR, GE, JU, NE, VD ⁵⁹³	TI, VS ⁵⁹⁴
+ zusätzlich Pflicht zur Aufnahme einer zumutbaren Arbeit	VD ⁵⁹⁵	FR, JU, TI, VS ⁵⁹⁶

⁵⁸⁹ Art. 28 Abs. 2 lit. d SHG/GL; Art. 12 SHG/SG.

⁵⁹⁰ § 9 Abs. 2 lit. d SHV/SZ.

⁵⁹¹ § 13 Abs. 2 lit. a und b SPG/AG; Art. 22 Abs. 1, insbes. lit. d, SHG/AR; Art. 28 Abs. 2 lit. c SHG/BE; § 14 Abs. 3 SHG/BS; § 29 Abs. 2 SHG/LU; Art. 22 Abs. 1 Ziff. 4 und 6 SHG/NW; § 148 Abs. 2 lit. a und b SG/SO; § 8 SHG/TG; § 24 Abs. 1 lit. a Ziff. 4 und 6 SHG/ZH.

⁵⁹² Art. 7 Abs. 2 lit. b und Art. 8 Abs. 3 ShiV/AI; § 17a Abs. 1 lit. f–i SHV/BL; Art. 11 lit. a ABzUG/GR.

⁵⁹³ Art. 4a Abs. 2 SHG/FR; Art. 20 LIASI/GE; Art. 20 LASoc/JU; Art. 57 Abs. 1 LASoc/NE; implizit in Art. 56 LASV/VD.

⁵⁹⁴ Art. 9a lit. g SHV/TI; Art. 23 Abs. 2 lit. c ARGES/VS; auf Gesetzesstufe ist zumindest erwähnt, die Sozialhilfeempfänger_in habe sich aktiv am Eingliederungsvertrag zu beteiligen, vgl. Art. 11 Abs. 1 SHG/VS.

⁵⁹⁵ Art. 3 Abs. 2 LASV/VD; Art. 40 LASV/VD; Art. 23a LEmp/VD.

⁵⁹⁶ Art. 10 Abs. 5 SHG/FR; Art. 5 OASoc/JU i.V.m. Art. 35 lit. b OASoc/JU; Art. 9a SHV/TI; Art. 23 Abs. 1 ARGES/VS.

C. Leistungs- und Gegenleistungspflichten im Besonderen

1. Allgemeines und SKOS-RL

- 240 Wie bereits einleitend erwähnt (N 69 f.) ist die Idee von Leistung und Gegenleistung, die unterschiedliche Menschenbilder zum Ausdruck bringen kann, Ursprung der aktivierenden Sozialhilfepolitik. Die SKOS-RL halten einerseits fest, dass bei Personen, die z.B. aus psychischen oder körperlichen Gründen nicht in der Lage sind, eine Gegenleistung zu erbringen, die Existenzsicherung unabhängig davon, ob eine Gegenleistung erbracht wird oder nicht, gewährt sein muss.⁵⁹⁷ Wird eine Gegenleistung erbracht, ist dies mit einer Integrationszulage anzuerkennen. Das Prinzip der Gegenseitigkeit wird als Teil eines «wechselseitigen Prozesses» beschrieben: «Die hilfesuchende Person nimmt an einem Projekt oder Programm teil, das ihr direkt zugutekommt. Für ihr Engagement sollen Hilfesuchende – auch im Sinne eines Anreizes – finanziell honoriert werden.»⁵⁹⁸ Andererseits verbinden die SKOS-Richtlinien die Gegenleistungen nicht nur mit Anreizen: So sind gem. Kapitel D.2. die Gegenleistungen verbindlich in einer Vereinbarung festzulegen und es gilt, dass der Abbruch oder Nichtantritt einer vereinbarten Massnahme genauso wie die Weigerung, an einer zumutbaren und «als hilfreich qualifizierten Massnahme teilzunehmen», die Sanktionen nach Kapitel A.8. nach sich ziehen kann.
- 241 Somit kommt es zu einer Vermischung zwischen einer Gegenleistung, die nur mit Anreizen verbunden werden soll, und der Gegenleistung, die eine Pflicht der Sozialhilfeempfänger_innen im Austausch zu den staatlichen Leistungen darstellen soll. Aber eine Verankerung des Gegenleistungsprinzips als Ausdruck der vorrangigen zumutbaren Selbsthilfe findet sich in den SKOS-Richtlinien nicht. So stellt HÄFELI mit einem gewissen Bedauern fest, dass die SKOS-Richtlinien nicht einem Ansatz folgen, der die Verpflichtung zur Teilnahme an Integrations- und Beschäftigungsprogrammen als Gegenleistung festlegt.⁵⁹⁹

⁵⁹⁷ SKOS-RL, A.8.

⁵⁹⁸ SKOS-RL, D.2.

⁵⁹⁹ HÄFELI, S. 84.

2. Kantonale Gesetzgebung

In den (mehrheitlich) lateinischen Kantonen hat das Prinzip von Leistung und Gegenleistung über die erwähnten Integrationsvereinbarungen teilweise eine ausführliche Kodifizierung erfahren (siehe N 236).⁶⁰⁰ Auch mit den Integrationsvereinbarungen sind sowohl Anreize als auch Sanktionen bei deren Nichterfüllung verbunden. 242

In den Kantonen der Deutschschweiz hat die Verbreitung der Aktivierungspolitik mit der Idee, dass Pflichten zur Behebung der Bedürftigkeit als Bestandteil eines Unterstützungsverhältnisses gelten, weiterherum stattgefunden, wenn auch nicht in ausdrücklichen Verpflichtungen zur Annahme von Integrationsvereinbarungen. Die Anspruchsberechtigten werden zugleich als Verpflichtete gesehen.⁶⁰¹ Jedoch erwähnen nur wenige Deutschschweizer Kantone das Prinzip von Leistung und Gegenleistung explizit. Genannt werden kann hier der Kanton Solothurn: «Sozialhilfe setzt aktive Mitwirkung der hilfesuchenden Person voraus und beruht auf dem Prinzip der Gegenleistung.»⁶⁰² Auch im Kanton Zürich gilt gem. § 3b Abs. 2 SHG/ZH, dass die Gemeinden von Hilfeempfänger_innen Gegenleistungen zur Sozialhilfe verlangen können. Diese hätten nach Möglichkeit der Integration der Hilfeempfänger_innen in die Gesellschaft zu dienen und seien i.d.R. in einer Vereinbarung festzuschreiben.⁶⁰³ Dahingegen hält der Kanton Zug fest, dass zur Förderung der sozialen und beruflichen Integration Massnahmen (Integrationsprojekte) realisiert werden können, die eine Arbeitsleistung der Betroffenen sowie eine Gegenleistung des Gemeinwesens (Soziallohn) umfassen.⁶⁰⁴ Auch diese Bestimmungen widerspiegeln also grundsätzlich unterschiedliche Auffassungen dessen, was unter dem Prinzip Leistung–Gegenleistung zu verstehen ist. Es wird bereits unterschiedlich definiert, was die Leistung und was die Gegenleistung ist und wer sie erbringt. 243

3. Rezeption in der Rechtsprechung

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung befasst sich kaum mit der Idee Leistung–Gegenleistung und stützt seine Rechtsprechung im Wesentlichen auf das Subsidiaritätsprinzip ab. Mit Verweis auf die SKOS-Richtlinien hat das BGE in einem älteren Urteil festgehalten, dass Sozialhilfeempfänger_innen verpflichtet seien, alles 244

⁶⁰⁰ So auch: HÄNZI, S. 123; WIZENT, S. 37.

⁶⁰¹ AMSTUTZ, Anspruchsvoraussetzungen, S. 2; PÄRLI, Aspekte, S. 45 ff., insbes. S. 51 ff.

⁶⁰² § 148 Abs. 2 SG/SO.

⁶⁰³ § 3b Abs. 3 SHG/ZH.

⁶⁰⁴ § 15^{bis} Abs. 3 SHG/ZG.

zu tun, um ihre Bedürftigkeit zu mindern oder diese gar zu eliminieren. Dies fliesse aus dem Prinzip der Gegenseitigkeit (*réciprocité*), das im Zentrum der Massnahmen zur beruflichen und sozialen Reintegration stehe. Das Prinzip impliziere eine Gegenleistung, die eine hilfsbedürftige Person in ihrem Interesse und im Interesse der Gemeinschaft zu erbringen habe. Falls eine Gegenleistung nicht erbracht werde, obwohl diese vernünftig (*raisonnable*) wäre, könnten die Leistungen im Sinne einer Sanktion gekürzt werden.⁶⁰⁵ Analog äussern sich das Tribunal Cantonal des Kantons Waadt⁶⁰⁶ sowie wiederholt dasjenige des Kantons Freiburg. In den Urteilen des Kantons Freiburg wird die Verletzung von Gegenleistungspflichten in enger Verbindung mit einem rechtsmissbräuchlichen Verhalten genannt.⁶⁰⁷

- 245 In der kantonalen Rechtsprechung finden Gegenleistungspflichten unterschiedlich Erwähnung. In der solothurnischen Rechtsprechung wird der Gesetzeswortlaut von § 148 Abs. 2 SG/SO, wonach Sozialhilfe die aktive Mitwirkung voraussetze und auf dem Prinzip von Gegenleistung beruhe, wiederholt i.V.m. unterschiedlichen Verpflichtungen wiedergegeben.⁶⁰⁸ Das VerwG ZH bezieht sich in seiner Rechtsprechung verschiedentlich auf § 3b SHG/ZH. Dabei hält es fest, die Gegenleistung werde in der Regel zusammen mit der Sozialhilfeempfänger_in festgelegt; aber die Gemeinde habe die Möglichkeit, Sozialhilfeempfänger_innen in Anwendung von § 21 SHG/ZH zum Erbringen von Gegenleistungen zu verpflichten.⁶⁰⁹ Das Gegenleistungsprinzip komme ergänzend zum Subsidiaritätsprinzip zur Anwendung, wobei die Gegenleistung individuell zu konkretisieren sei.⁶¹⁰ Das VerwG ZH führt weiter aus, eine Gegenleistung könne nur eingefordert werden, wenn jemand grundsätzlich Anspruch auf Unterstützung habe und bedürftig sei; Leistungseinstellungen wegen nicht erbrachter Gegenleistungen – in casu wurde nicht an einem entlohnten Beschäftigungsprogramm teilgenommen – seien lediglich in Anwendung von § 24a SHG/ZH zulässig und stellten keine Anwendung des Subsidiaritätsprinzips dar.⁶¹¹

⁶⁰⁵ Urteil BGer 2P.115/2001 v. 11.09.2001, E. 2c.

⁶⁰⁶ TC VD, Urteil PS.2014.0026 v. 05.06.2015, E. 4.

⁶⁰⁷ Siehe z.B. KG FR, Urteil 605 2016 166 v. 31.08.2016, E. 4; Urteil 605 2015 86/87 v. 05.09.2016, E. 2c; Urteil 605 2015 256/257 v. 24.03.2016, E. 4b; Urteil 605 2015 143 v. 23.07.2015, E. 3d.

⁶⁰⁸ VerwG SO, Urteil VWBES.2017.419 v. 15.11.2017, E. 3.1 i.V.m. Arbeitsbemühungen; Urteil VWBES.2017.332 v. 16.10.2017, E. 2.1. i.V.m. Teilnahme an einem Bildungsprogramm; Urteil VWBES.2017.333 v. 02.11.2016, E. 3.1 i.V.m. Abklärung der Bedürftigkeit.

⁶⁰⁹ VerwG ZH, Urteil VB.2018.00230 v. 14.08.2018, E. 2.2.

⁶¹⁰ VerwG ZH, Urteil VB.2017.00487 v. 15.02.2018, E. 3.5.

⁶¹¹ VerwG ZH, Urteil VB.2017.00487 v. 15.02.2018, E. 4.3.

4. Einordnung

Das Prinzip von Leistung und Gegenleistung ist in der kantonalen Gesetzgebung 246 also nur vage umschrieben. In der Mehrzahl der Gesetzgebungen wird nicht explizit darauf Bezug genommen. Der Schluss, dass Gegenleistungspflichten tendenziell überschätzt werden und rechtsdogmatisch kaum geklärt sind, liegt nahe.⁶¹²

Es drängt sich auf, die Bedeutung des Konzepts in grösserem Zusammenhang zu 247 klären und zu untersuchen, welche Leistung mit einer Gegenleistung verbunden werden (kann) und ob diese Verbindung zulässig ist. Kann eine Gegenleistung eine Bedingung für den Bezug existenzsichernder Sozialleistungen sein? Oder werden nur zusätzliche Leistungen, die einen Anreizcharakter aufweisen, also insbesondere die Integrationszulage und Einkommensfreibeträge, von einer Gegenleistung abhängig gemacht?⁶¹³

III. Positive Anreize: Integrationszulage und Einkommensfreibeträge

A. Integrationszulage (IZU)

In positiver Hinsicht kann mit der Teilnahme an einem Beschäftigungsprogramm 248 eine Anreizzahlung, eine sogenannte Integrationszulage (IZU) verbunden sein. Gemäss den SKOS-RL soll diese zwischen CHF 100 und CHF 300/Monat betragen.

Im Zuge der ersten Umsetzungsphase der SKOS-Richtlinien Revision 2015 wurde die minimale Integrationszulage (MIZ) abgeschafft und seither können nur noch Leistungen zur sozialen und beruflichen Integration mit einer Integrationszulage kompensiert werden. Andere Tätigkeiten, wie Nachbarschaftshilfe oder Betreuungsaufgaben, werden nicht mehr berücksichtigt,⁶¹⁴ was eine weitere Rekommodifizierung bedeutet.

⁶¹² Ähnlich: WIZENT, S. 39; kritisch auch: HÄNZLI, S. 124 f.; PÄRLI, Auswirkungen, S. 111.

⁶¹³ Vgl. auch PÄRLI, Auswirkungen, S. 111.

⁶¹⁴ SCHWEIZERISCHE KONFERENZ FÜR SOZIALHILFE, Richtlinienrevision 2015 – Umsetzung erste Etappe, Übersicht SKOS-Richtlinien alt / neu, online <https://skos.ch/fileadmin/user_upload/skos_main/public/pdf/richtlinien/Revision/2015_RLRevision_Synopse_Kurzfassung_dV3.pdf>, besucht am 30.04.2021.

Die kantonalen Gesetze weichen nicht unwesentlich von diesen Richtlinien ab, was auch das Monitoring der SKOS zur Anwendung der RL bestätigt.⁶¹⁵ Beispielsweise sieht der Kanton Uri eine Integrationszulage von maximal CHF 200 vor;⁶¹⁶ der Kanton Bern eine von CHF 100⁶¹⁷ und der Kanton Waadt gewährt keine Integrationszulagen, aber sozialhilferechtliche Leistungen (*revenu d'insertion*), die mit CHF 1'100 über dem GBL gem. SKOS-RL liegen. Darin ist auch die IZU für die soziale Integration enthalten.⁶¹⁸ Lediglich jungen Erwachsenen werden tiefere Leistungen gewährt, jedoch ist für sie eine Integrationszulage (*forfait d'intégration*) von knapp CHF 200 vorgesehen.⁶¹⁹

B. Einkommensfreibetrag (EFB)

- 249 Nebst den Integrationszulagen sehen die SKOS-RL auch Einkommensfreibeträge (EFB) vor. Im Gegensatz zu den Integrationszulagen, die für Nichterwerbstätige vorgesehen sind, werden diese gem. den SKOS-RL bei einer Erwerbstätigkeit «auf dem ersten Arbeitsmarkt» gewährt.⁶²⁰ Ein Teil des erworbenen Einkommens wird dementsprechend der Sozialhilfeempfänger_in zur freien Verfügung überlassen. Die SKOS-RL empfehlen, diesen Freibetrag zwischen CHF 400 und CHF 700 pro Monat festzulegen.⁶²¹ Der Einkommensfreibetrag soll die Integrationschancen verbessern, indem die Erwerbsaufnahme erleichtert wird. Praktika und die Teilnahme an Integrations- oder Beschäftigungsprogrammen gelten gem. den SKOS-RL nicht als Erwerbstätigkeit und sind daher nicht mit Einkommensfreibeträgen, sondern mit Integrationszulagen zu kompensieren. Auch hier können in den kantonalen gesetzlichen Grundlagen nicht unwesentliche Abweichungen von den Richtlinien beobachtet werden.⁶²²

⁶¹⁵ SCHWEIZERISCHE KONFERENZ FÜR SOZIALHILFE, Monitoring, S. 8.

⁶¹⁶ Regierungsratsbeschluss Uri, Nr. 490 R-120-13 vom 31. August 2005; der Beschluss ist nicht im Urner Rechtsbuch veröffentlicht.

⁶¹⁷ Art. 8a Abs. 2 SHV/BE.

⁶¹⁸ Vgl. Anhang zu Art. 22 Abs. 1 RLASV/VD.

⁶¹⁹ Art. 31 Abs. 2^{ter} LASV/VD i.V.m. Art. 22 Abs. 1 lit. g RLASV/VD i.V.m. Anhang zu Art. 22 Abs. 1 RLASV/VD.

⁶²⁰ SKOS-RL, E.1.2.

⁶²¹ SKOS-RL, E.1.2.

⁶²² In Bern z.B. max. CHF 600 gem. Art. 8e Abs. 1 SHV/BE und max. CHF 200 für eine alleinstehende Person resp. CHF 400 für ein Paar im Kanton Waadt gem. Art. 25 Abs. 2 RLASV/VD.

Ob ein Einsatz in einem sozialhilferechtlichen Beschäftigungsprogramm entlohnt ist oder nicht, ist nach der aktuellen Rechtsprechung und Praxis der Kantone ein entscheidender Faktor in Bezug auf die Folgen, die eine Verweigerung der Teilnahme an einem Programm haben kann (siehe nachfolgend N 266 ff.). Es scheint daher fraglich, ob die Unterscheidung zwischen einer Erwerbstätigkeit im ersten Arbeitsmarkt und einem Einsatz in einem Programm dazu taugt, um zu entscheiden, ob ein EFB oder eine IZU gewährt wird. Meines Erachtens ist, sobald ein Einsatz entlohnt wird, die Gewährung eines EFB zu prüfen. Denn es ist nicht ersichtlich, wieso der Lohn aus einem Beschäftigungsprogramm in sozialhilferechtlicher Hinsicht nicht gleichbehandelt werden soll wie derjenige aus einer Erwerbstätigkeit im ersten Arbeitsmarkt. Zudem kann es zu nicht unerheblichen Schwierigkeiten bezüglich der Abgrenzung zwischen einer Erwerbstätigkeit im ersten Arbeitsmarkt und einer Teilnahme an einem Programm zur sozialen oder beruflichen Integration kommen, zumal Integrationsarbeitsplätze teilweise auch im ersten Arbeitsmarkt neben «regulären» Arbeitsplätzen angeboten werden.⁶²³ 250

IV. Negative Anreize: Sanktionen und Einstellungen

A. Einleitung und Allgemeines

Arbeitspflichten sind, wie erwähnt, ein Grundpfeiler des aktivierenden Sozialstaats. Werden diese Pflichten verletzt, soll eine Reaktion nicht ausbleiben.⁶²⁴ Die sanktionsweise Durchsetzung der Arbeitspflichten ist ebenfalls eng mit der aktivierenden Sozialpolitik verbunden. So ist mit der verstärkten Betonung der (Arbeitsintegrations-)Pflichten der Sozialhilfeempfänger_innen der Sanktionsrahmen in den SKOS-Richtlinien angehoben worden, sodass die Richtlinien seit 2015 eine Kürzung des GBL von bis zu 30 % vorsehen und nicht mehr von bis zu 15 % (siehe auch bereits N 73). 251

Sanktionen, insbesondere in Form von Leistungskürzungen, werden als eine der wenigen Möglichkeiten gesehen, um das Verhalten der Sozialhilfeempfänger_innen 252

⁶²³ Z.B. in einem Teillohnmodell o.ä.

⁶²⁴ WIZENT, Sozialhilferecht, N 832.

zu beeinflussen.⁶²⁵ Dabei besteht grundsätzliche Unsicherheit darüber, inwiefern sie zur Erreichung des Ziels der beruflichen und sozialen Integration tatsächlich beitragen. Gewisse ökonomische Modelle gehen davon aus, dass (existenzsichernde) Sozialleistungen an sich die Arbeitsbereitschaft negativ beeinflussen, weshalb die Pflichten konsequent durchzusetzen seien und bei verweigerter Gegenleistung der Anspruch auf Hilfe verfallen solle. Die Sozialhilfe soll also nach dem Workfare-Prinzip ausgerichtet werden.⁶²⁶ Dahingegen besteht in der jüngeren juristischen Lehre eher die Ansicht, zwangsweise durchgesetzte Teilnahmen an Beschäftigungsprogrammen führten zu einer sachfremden Disziplinierung und nicht zur Überwindung der Bedürftigkeit. Daher sei ein Workfare-Ansatz abzulehnen.⁶²⁷

- 253 Im Nachfolgenden werden die aktuellen gesetzlichen Grundlagen und die Gerichtspraxis zu den negativen Anreizen einer Teilnahme an einem Beschäftigungsprogramm dargestellt. Wie oben (N 239) festgestellt, kennen 19 Kantone explizit die Pflicht zur Teilnahme an einem Beschäftigungsprogramm; in den übrigen Kantonen kann diese Verpflichtung bei einer Konkretisierung der Auflagen und Weisungen erfolgen.
- 254 Die negativen Anreize ergeben sich insbesondere aus dem Subsidiaritätsprinzip und setzen dementsprechend auch auf beiden Ebenen desselben an:⁶²⁸ Sowohl die Höhe der Hilfeleistungen kann betroffen sein (Sanktion) als auch die Anspruchsberechtigung per se (Einstellung). Nebst der sanktionsweisen Kürzung der Sozialhilfe (B) und der Einstellung i.S. des Subsidiaritätsprinzips (C) ist zu klären, ob eine Einstellung der Sozial- oder Nothilfe bei einem rechtsmissbräuchlichen Verhalten möglich ist (D) und welche weiteren negativen Folgen beim Ablehnen einer Teilnahme an einem Beschäftigungsprogramm vorgesehen werden können (E). Vor dem Zwischenfazit (G) stehen einige Bemerkungen zur Beachtung des Legalitätsprinzips im Sozialhilferecht im Allgemeinen und in Bezug auf die hier vertieft dargestellten Normen bezüglich der Arbeitspflichten in einem Programm und zu deren negativen Folgen (F).

⁶²⁵ Urteil BGer 2P.156/2005 v. 17.10.2005, E. 5.1; VerwG VS, Urteil A1 08 83 v. 26.06.2006, E. 3.1.

⁶²⁶ LEISIBACHPATRICK/SCHALTEGGERCHRISTOPHA./SCHMIDLUKASA., Arbeitsanreize in der sozialen Sicherheit, SECO Publikation Arbeitsmarktpolitik No. 50 (3.2018), S. 144.

⁶²⁷ STUDER/PÄRLI, S. 1393; PÄRLI, Recht auf Arbeit, S. 135 f., 139; HEUSSER, Repression, S. 127; MEIER/PÄRLI, insbes. Fn. 122; kritisch auch: WIZENT, Sozialhilferecht, N 856 ff., N 866.

⁶²⁸ Siehe N 180 oben.

B. Kürzungen der Unterstützungsleistungen als Sanktionen – Pflichtenebene

1. Allgemeines und SKOS-RL

Eine sozialhilferechtliche Sanktion hat rechtsstaatlichen Grundsätzen zu genügen 255 und muss mit den Grundrechten der betroffenen Person vereinbar sein. Das heisst, insbesondere muss sie auf einer ausreichenden gesetzlichen Grundlage beruhen, ein öffentliches Interesse – die Beseitigung der Bedürftigkeit – verfolgen und verhältnismässig sein. Unter dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit ist zu prüfen, ob eine Sanktion dem Fehlverhalten angemessen ist und ob das Fehlverhalten nicht etwa entschuldbar war.⁶²⁹ Darüber hinaus ist dem Grundsatz der Rechtsgleichheit und demjenigen von Treu und Glauben Rechnung zu tragen.⁶³⁰ Eine sanktionsweise Kürzung von Sozialhilfeleistungen darf nie in das durch Art. 12 BV gebotene Unterstützungsniveau eingreifen, da Letzteres als Kerngehaltsgarantie ausgestaltet ist.⁶³¹

Die SKOS-RL sehen vor, dass eine sanktionsweise Kürzung des sozialhilferechtlichen Grundbedarfs dann möglich ist, wenn gegen gesetzliche Pflichten oder 256 gegen Auflagen verstossen wird. Eine Leistungskürzung bedarf gem. den RL einer Grundlage in der kantonalen Gesetzgebung und muss dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit entsprechen. Eine Leistungskürzung ist immer nur dann vorgesehen, wenn:

- das Fehlverhalten eine Kürzung rechtfertigt;
- der betroffenen Person bekannt war, welches Verhalten erwartet wird und dass die Nichtbefolgung zu einer Kürzung führen kann;
- die betroffene Person Gründe (i.S. des rechtlichen Gehörs) für ihr Verhalten vorbringen konnte.

Der Kürzungsumfang soll zwischen 5 % und 30 % des Grundbedarfs für den Lebensunterhalt (GBL) betragen. Ebenfalls als Sanktion kommt die Streichung der Integrationszulagen (IZU) und des Einkommensfreibetrages (EFB) in Betracht. 257 Die SKOS-RL betonen, dass eine Kürzung den Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu berücksichtigen habe und daher ein differenziertes fallspezifisches Vor-

⁶²⁹ HÄNZI, S. 152.

⁶³⁰ MÖSCH PAYOT, Sozialhilfemissbrauch, S. 295; WIZENT, S. 239; WOLFFERS, S. 168; AMSTUTZ, S. 301.

⁶³¹ HÄNZI, S. 152; MÖSCH PAYOT, Sozialhilfemissbrauch, S. 303; AMSTUTZ, S. 301.

gehen angezeigt sei. Daher seien die Auswirkungen einer Sanktionierung auf mitbetroffene Personen einer Unterstützungseinheit (v.a. Kinder und Jugendliche) zu berücksichtigen und das Ausmass des Fehlverhaltens bei der Bestimmung des Kürzungsumfangs zu beachten. Eine Kürzung von 30 % sei nur bei wiederholten oder schwerwiegenden Pflichtverletzungen zulässig. Geleitet von denselben Überlegungen ist eine Kürzung zu befristen: Eine Kürzung von 20 % und mehr soll auf max. sechs Monate befristet und danach überprüft werden; eine weniger weitreichende Kürzung ist auf max. zwölf Monate zu befristen.⁶³²

2. Kantonale Gesetzgebung

- 258 In den kantonalen Gesetzen finden sich teilweise nicht unerhebliche Abweichungen von diesen Richtlinien. Einzig das Sozialhilfegesetz des Kantons Tessin verweist explizit auf die SKOS-RL.⁶³³ Gerade bei einer Verletzung der Arbeitsintegrationspflichten wird häufiger (explizit) von den SKOS-RL abgewichen, was das Beispiel des Kantons Basel-Landschaft zeigt. Bei einer Verletzung der Pflicht, sich um den Erhalt der Arbeitsstelle zu bemühen, eine zumutbare Arbeitsstelle anzunehmen, an angeordneten Förderungsprogrammen teilzunehmen oder angeordnete Beschäftigungen auszuüben, ist eine Herabsetzung auf die Nothilfe vorgesehen, sofern eine Verwarnung erfolgt ist.⁶³⁴ Bei anderen Pflichtverletzungen ist eine Reduktion auf Nothilfe nur möglich, wenn es sich um andauernde oder wiederholte Pflichtverletzungen handelt. Ähnlich ist die Regelung des Kantons Thurgau, wonach bei Vorliegen von «qualifizierten Kürzungsgründen», wozu die «wiederholte Arbeitsverweigerung» gehört, in Abweichung von den SKOS-RL, welche ansonsten anwendbar sind, eine Kürzung um bis zu 40 % erfolgen kann.⁶³⁵
- 259 Der Kanton Aargau sieht in der per 01.03.2019 geänderten Verordnung vor, dass die Beschränkung der Kürzung auf 70 % des GBL nur bei der erstmaligen Kürzung zur Anwendung gelangt, resp., dass nur bei der ersten Kürzung die Existenzsicherung zu beachten ist.⁶³⁶ Im Gesetz wird eine Kürzung unter die Existenzsicherung insbesondere dann als zulässig erklärt, wenn eine Person sich nicht um eine

⁶³² SKOS-RL, A.8.2.

⁶³³ Art. 23 Abs. 1 SHG/TI.

⁶³⁴ § 18 Abs. 4 SHV/BL i.V.m. § 17a Abs. 1 lit. f, h und i SHV/BL; nebst diesen Pflichten gilt diese höhere Sanktion, auch wenn nicht alle i.S.v. § 5 SHG/BL der Sozialhilfe vorgehenden Ansprüche geltend gemacht werden.

⁶³⁵ § 2h SHV/TG.

⁶³⁶ § 15 Abs. 1 SPV/AG.

zumutbare Arbeit bemüht oder nicht an einem zumutbaren Bildungs- oder Beschäftigungsprogramm teilnimmt.⁶³⁷ Das Recht auf Hilfe in Notlagen gem. Art. 12 BV bleibt jedoch vorbehalten.⁶³⁸

Aus der Botschaft zu dieser im April 2018 in Kraft getretenen Gesetzesänderung wird ersichtlich, dass die Tragweite von Art. 12 BV verkannt wird, wenn festgehalten wird, dass auch bei einer Weigerung, an einem nicht entlöhnten Beschäftigungsprogramm teilzunehmen, kein Anspruch auf Nothilfe bestehe und entsprechend eine Kürzung unter die Existenzsicherung erfolgen könne.⁶³⁹ Auch die Kürzung unter die Existenzsicherung scheint an sich nicht mit Art. 12 BV vereinbar; resp. wäre zu klären, was unter Existenzsicherung verstanden wird.

Ebenfalls zu erwähnen ist der Kanton Graubünden, der grundsätzlich nur eine 30 %-Kürzung zulässt. Bei Ausländer_innen, die ihren wirtschaftlichen, sozialen oder kulturellen Integrationsverpflichtungen nicht nachkommen, ist vorgesehen, dass die Sozialhilfe bis zur Nothilfe gekürzt werden kann. Diese Bestimmung wurde richtigerweise bereits als «hochgradig stereotypisierend» kritisiert.⁶⁴⁰ 260

Generell höhere Kürzungen als die von den SKOS-RL vorgegebenen 30 % sehen die Kantone Luzern (35 %)⁶⁴¹ und Schwyz (40 %)⁶⁴² vor. 261

Die meisten Kantone scheinen sich gem. dem letzten SKOS-Monitoring auf eine Kürzung von 30 % zu beschränken, so auch die Kantone Uri, Bern und Waadt. Der Kanton Uri sieht zwar im Gesetz keine Beschränkung der Höhe der Kürzung vor, erklärt diesbezüglich aber in einem Regierungsratsbeschluss die SKOS-RL für anwendbar.⁶⁴³ Der Kanton Bern sieht in Art. 36 Abs. 2 SHG/BE vor, dass Kürzungen den absolut nötigen Existenzbedarf nicht berühren dürfen. In der Rechtsprechung wurde festgehalten, dass diese Norm durch die SKOS-RL konkretisiert werde und 262

⁶³⁷ § 13b Abs. 2 SPG/AG.

⁶³⁸ § 13b Abs. 5 SPG/AG.

⁶³⁹ Regierungsrat des Kantons Aargau, Botschaft vom 25.05.2016 an den Grossen Rat, 16.114, Gesetz über die öffentliche Sozialhilfe und die soziale Prävention, S. 13.

⁶⁴⁰ WIZENT, S. 247; auch Konflikte mit dem Legalitätsprinzip wurden bereits erkannt, da die «Integrationspflichten» nicht rechtlich geklärt sind und nicht in den gesetzlichen Grundlagen des Kantons Graubünden erläutert werden.

⁶⁴¹ § 14 Abs. 1 SHV/LU.

⁶⁴² § 5 Abs. 2 SHV/SZ.

⁶⁴³ Regierungsratsbeschluss Uri, Nr. 490 R-120-13 vom 31. August 2005; der Beschluss ist nicht im Urner Rechtsbuch veröffentlicht.

eine Kürzung daher maximal 30 % betragen solle.⁶⁴⁴ Der Kanton Waadt kennt je nach Schwere des Verschuldens eine Kürzung von 15 %, 25 % oder 30 % des «*forfait entretien*».⁶⁴⁵ Vor diesem Hintergrund, insbesondere auch in Anbetracht der teils sehr vagen Pflichtenregelungen, erstaunt es nicht, dass auch die SKOS zum Schluss kam, Kriterien zur Anwendung der Sanktionen würden an vielen Orten fehlen.⁶⁴⁶

Tabelle 2: Übersicht Sanktionshöhe in den kantonalen Grundlagen (eigene Recherche)

Sanktionshöhe	Kantone
Keine Angaben	AI, GL, OW, SG, UR, ZG
Vorbehalt Existenzminimum	AR, BE, BS, NW, ZH ⁶⁴⁷
Angabe in %	GR, FR, JU, NE, SZ, TI (Verweis auf SKOS), VD, VS ⁶⁴⁸
Angabe in %, aber Abweichung möglich bei «schweren» Pflichtverletzungen	GE, LU, SH, SO ⁶⁴⁹
Höher bei arbeitsspezifischen Pflichtverletzungen	AG, BL, TG ⁶⁵⁰

3. Rezeption in Praxis und Rechtsprechung

- 263 Die kantonale Rechtsprechung bezüglich der ausgefallten Sanktionen bei verletzten Arbeitsintegrationsbemühungen erweist sich als sehr divers. In welchen Fällen die erst im Jahr 2016 in die SKOS-RL eingeführte Sanktion von 30 % an-

⁶⁴⁴ VerwG BE, Urteil 100 2018 105 v. 04.08.2018, E. 2.2; Urteil 100 2018 64U v. 21.06.2018, E. 5.5.

⁶⁴⁵ Art. 45 Abs. 1 lit. b RLASV/VD.

⁶⁴⁶ SCHWEIZERISCHE KONFERENZ FÜR SOZIALHILFE, Monitoring, S. 12.

⁶⁴⁷ Art. 22 Abs. 1 SHG/AR; Art. 36 Abs. 2 SHG/BE; § 14 Abs. 7 SHG/BS (unmittelbarer Lebensbedarf); Art. 22 Abs. 2 SHG/NW (bundesverfassungsmässige Minimum der Nothilfe); § 24 SHV/ZH.

⁶⁴⁸ Art. 11 ABZUG/GR; Art. 10 Abs. 2 Richtsätze VO/FR; Art. 5 Arrêté/JU; Art. 4 Arrêté/NE; § 26a SHG/SZ i.V.m. § 5 Abs. 2 SHV/SZ; Ziff. 4 Directive/TI; Art. 45 RLASV/VD; Art. 42 Abs. 1 lit. b ARGES/VS.

⁶⁴⁹ Art. 35 RIASI/GE; § 14 SHV/LU; Art. 26 Abs. 4 SHEG/SH; § 93 Abs. 1 lit. a SV/SO.

⁶⁵⁰ § 5a SPG/AG; Art. 13a SPG/AG; § 18 SHV/BL, insbes. § 18 Abs. 4 SHV/BL; § 15 SPV/AG; § 2 SHV/TG.

gewandt wird, kann noch nicht abschliessend beurteilt werden. Vereinzelte Urteile, in denen die Reduktion um 30 % während sechs Monaten bei verletzten Arbeitspflichten zur Anwendung kam, lassen sich jedenfalls bereits finden.⁶⁵¹ Es sind wiederholt Reduktionen um 15 % während zwölf Monaten ersichtlich, was schliesslich in finanzieller Hinsicht einer 30 %-Reduktion während sechs Monaten gleichkommt.⁶⁵²

In vereinzelt Urteilen hat das kantonale Gericht die ausgesprochene Sanktion herabgesetzt, was sowohl die Dauer als auch die Höhe der Kürzung betraf, welche nicht dem Verschulden angepasst gewesen sei.⁶⁵³ Insbesondere wird auch eine sofortige Reduktion auf Nothilfe (ohne vorher erfolgte Kürzung) als unverhältnismässig beurteilt.⁶⁵⁴ 264

Die kantonale Rechtsprechung zeigt, dass Streitigkeiten um die (teilweise) Einstellung von Sozial- und Nothilfe i.S. des Subsidiaritätsprinzips wegen einer Nichtteilnahme an lohnrelevanten Beschäftigungsprogrammen im Vergleich zu denjenigen um Kürzungen wegen einer Nichtteilnahme an den Programmen zunehmen.⁶⁵⁵ Dasselbe scheint auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung zuzutreffen, was jedoch zumindest zum Teil auf die eingeschränkte Kognition des BGr in Bezug auf das kantonale Sozialhilferecht zurückgeführt werden kann.⁶⁵⁶ 265

⁶⁵¹ VerwG SO, Urteil VWBES.2017.11 v. 07.03.2017 (zusätzlich wurden die Herabsetzung auf Nothilfe und der Entzug der Sozialhilfe angedroht); VerwG SO, VWBES.2017.332 v. 16.10.2017 (zunächst 15 % während 3 Monaten, danach 30 % während 3–6 Monaten, schliesslich Herabsetzung auf Nothilfe); VerwG ZH, Urteil VB.2017.00248 v. 17.07.2017.

⁶⁵² VerwG BE, Urteil 100.2011.147U v. 04.10.2011; VerwG BE Urteil 100.2010.107U v. 04.01.2011; KG FR, Urteil 605 2014 241 v. 18.03.2016; VerwG ZH, Urteil VB.2016.00791 v. 03.03.2017.

⁶⁵³ TC VD, Urteil PS.2014.0106 v. 04.05.2015 (Reduktion der 25 %-Kürzung von 6 auf 2 Monate); TC VD, Urteil PS.2007.0110 v. 20.12.2007 (Reduktion der 25 %-Kürzung von 12 auf 6 Monate); TA GE, Urteil ATA/847/2010 v. 30.11.2010 (Reduktion der Kürzung auf Nothilfe auf 15 % während 6 Monaten).

⁶⁵⁴ Gesundheits- und Sozialdepartement des Kantons Luzern, Urteil v. 10.04.2017.

⁶⁵⁵ Siehe: STUDER ET AL., N 155.

⁶⁵⁶ Vgl. Art. 95 BGG, wonach die Verletzung kantonalen Gesetzesrechts kein gültiger Beschwerdegrund ist.

C. Einstellung der Hilfeleistungen (Subsidiarität) – Anspruchsebene

1. Allgemeines und SKOS-RL

- 266 Die Lehre ist sich darin einig, dass zwischen einer Kürzung der Sozialhilfeleistungen als Sanktion und einer (Teil-)Einstellung der Leistungen aufgrund von fehlenden Anspruchsvoraussetzungen, insbesondere wegen nicht gegebener Subsidiarität, unterschieden werden muss.⁶⁵⁷ In Übereinstimmung mit dieser Lehre halten auch die SKOS-RL fest: «Die teilweise oder gänzliche Einstellung von Unterstützungsleistungen für die Grundsicherung stellt eine einschneidende Massnahme dar. Sie ist nur bei Verletzung der Subsidiarität zulässig und kann nicht als Sanktion verfügt werden.»⁶⁵⁸ Wie bereits erwähnt, ist das Subsidiaritätsprinzip in allen kantonalen Rechtsgrundlagen zur Sozialhilfe verankert.
- 267 Die teilweise Einstellung von Sozialhilfeleistungen i.S. der Subsidiarität soll dann möglich sein, wenn «die unterstützte Person sich in Kenntnis der Konsequenzen ausdrücklich weigert, eine ihr mögliche, zumutbare und konkret zur Verfügung stehende Arbeit anzunehmen».⁶⁵⁹ Diese kann gem. SKOS-RL Kapitel A.8.2, auf welches verwiesen wird, auch im Rahmen eines «lohnwirksamen Beschäftigungsprogramms» stattfinden.
- 268 Die (Teil-)Einstellung erfolgt gem. den SKOS-RL mittels einer Anrechnung des bei pflichtgemäsem Verhalten erzielbaren Ersatzeinkommens. Sofern dieses nicht ausreicht, um den ganzen Bedarf zu decken, ist ergänzend Sozialhilfe zu gewähren. In der Praxishilfe zu Kapitel 8.3. spezifizieren die SKOS-RL, dass vor einer (Teil-)Einstellung zunächst eine schriftliche Auflage zur Aufnahme einer zumutbaren und konkret zur Verfügung stehenden Arbeit zu erfolgen hat. Die Frist zur Annahme dieser Arbeit hat angemessen zu sein und der Leistungsentzug hat angedroht zu werden. Wird die Auflage trotzdem verletzt, ist das rechtliche Gehör zu gewähren und erst anschliessend kann allenfalls eine Einstellung der Hilfe mittels anfechtbarer Verfügung erfolgen, deren aufschiebende Wirkung nur in Ausnahmefällen entzogen werden darf. Nach einer rechtskräftig erfolgten Einstellung muss die Möglichkeit offenstehen, ein erneutes Unterstützungsgesuch zu stellen.⁶⁶⁰

⁶⁵⁷ TSCHUDI C., S. 134; MÖSCH PAYOT, Sozialhilfemissbrauch, S. 310 f.; HOBI, N 3 ff.; wenn auch etwas unklar: HÄNZI, S. 153.

⁶⁵⁸ SKOS-RL, A.8.3.

⁶⁵⁹ SKOS-RL, A.8.3.

⁶⁶⁰ SKOS-RL, H.13.

2. Zentrale Bedeutung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung

Das Bundesgericht begründet mit seiner Rechtsprechung die Auffassung mit, wonach die Teilnahme an einem zumutbaren Beschäftigungsprogramm eine Frage der Anspruchsberechtigung sei, und dies zwar gleichermassen für den Anspruch auf (kantonal gesetzliche) Sozial- als auch jenen auf (bundesverfassungsrechtliche) Nothilfe.⁶⁶¹ Dies führte das Bundesgericht erstmals im Urteil 2P.147/2002 v. 04.03.2003 aus (Berner Dekorateur). Der Beschwerdeführer nahm einen ihm angebotenen Einsatzplatz nicht an, worauf ihm die zuständige Gemeinde weder Sozialhilfe noch Nothilfe nach Art. 12 BV ausrichtete. Der Beschwerdeführer argumentierte, ein vollständiger Entzug der Hilfeleistungen, insbesondere derjenigen gem. Art. 12 BV, sei verfassungswidrig. Das Bundesgericht hingegen erläuterte, der Beschwerdeführer verkenne,

«dass sowohl die Bundesverfassung als auch das kantonale Recht den grundsätzlichen Anspruch auf Existenzsicherung an bestimmte Voraussetzungen knüpfen. So besitzt nach Art. 12 BV nur derjenige einen solchen Rechtsanspruch, der in Not gerät und nicht in der Lage ist, für sich zu sorgen. Das Verwaltungsgericht schloss aus den zitierten Normen⁶⁶² zu Recht, dass keinen Anspruch auf staatliche Leistungen zur Existenzsicherung hat, wer solche Leistungen beansprucht, obwohl er in der Lage ist, sich die für das Überleben erforderlichen Mittel selber zu verschaffen.»⁶⁶³

Kürzungen der Sozialhilfeleistungen (bis hin zum verfassungsrechtlichen Minimum) seien hingegen bei Pflichtverletzungen möglich, die nicht derart seien, um die Anspruchsvoraussetzungen «auszulöschen».⁶⁶⁴ Ausgelöscht werden die Anspruchsvoraussetzungen dann, wenn eine zumutbare Arbeit in einem Beschäftigungsprogramm abgelehnt wird, sofern bei der Annahme der Stelle die betroffene Person in die Lage versetzt würde, für sich zu sorgen.⁶⁶⁵

Kritik der Lehre an diesem Urteil wurde vom Bundesgericht in BGE 130 I 71 (Schaffhauser Taglohn-Programm) explizit verworfen.⁶⁶⁶ Die Lehre argumentierte, die vom Bundesgericht vertretene Position sei nicht mit dem Finalprinzip der

⁶⁶¹ So auch: HÄNZI, S. 86, die davon spricht, das Bundesgericht habe die entsprechende Entwicklung nicht nur gutgeheissen, sondern gar in Gang gesetzt.

⁶⁶² Art. 23 und 36 SHG/BE.

⁶⁶³ Urteil BGer 2P.147/2002 v. 04.03.2003, E. 3.3.

⁶⁶⁴ Urteil BGer 2P.147/2002 v. 04.03.2003, E. 3.4.

⁶⁶⁵ Urteil BGer 2P.147/2002 v. 04.03.2003, E. 3.5.

⁶⁶⁶ Vgl. BGE 130 I 71, E. 4.3; BGE 139 I 218, E. 3.4.

Sozialhilfe, wonach es für den Leistungsanspruch nicht auf die Gründe der Bedürftigkeit ankomme, vereinbar. Auch wer seine Notlage (grob) selbstverschuldet habe, habe Kraft seiner Würde Anspruch auf materielle Unterstützung.⁶⁶⁷ Das Bundesgericht entgegnete der kritischen Autorin, ihre Auffassung trage dem «Grundsatz der Subsidiarität bzw. dem Vorrang der Selbsthilfe» nicht genügend Rechnung und überzeuge daher nicht.⁶⁶⁸ Denn eine Frage der Anspruchsberechtigung sei auch die Teilnahme an einem Beschäftigungsprogramm; ein solches sei grundsätzlich als zumutbare Arbeit anzusehen.⁶⁶⁹

- 272 In der späteren Rechtsprechung wurde dies konkretisiert: Im Berner-TAP-Fall (BGE 139 I 218) wurde festgehalten, eine Einstellung (jeglicher) Hilfe sei dann nicht zu beanstanden, wenn die angebotene Stelle jederzeit angetreten werden könne und die Teilnahme ein existenzsicherndes Erwerbseinkommen ermögliche. Nur wer «sich ausserstande sieht», d.h., wem es rechtlich verwehrt oder faktisch unmöglich sei, für sich zu sorgen, befinde sich in einer Notlage und habe Anspruch auf Nothilfe nach Art. 12 BV. Keinen Anspruch habe hingegen, wer solche Leistungen beanspruche, obwohl sie objektiv in der Lage wäre, «aus eigener Kraft die für das Überleben erforderlichen Mittel selber zu verschaffen».⁶⁷⁰ In einem solchen Fall befinde sich eine Person gar nicht in einer Notlage i.S.v. Art. 12 BV. Es fehle ihr an den Anspruchsvoraussetzungen und somit stelle sich auch die Frage nicht, ob ein Eingriff in den Kerngehalt von Art. 12 BV vorliege, wenn die Leistungen nicht gewährt würden.⁶⁷¹ Dies sei zumindest so lange der Fall, als eine Arbeit in einem Programm jederzeit angetreten werden könne.⁶⁷² Allerdings dürfe der Verlust der Anspruchsberechtigung nicht unbefristet in die Länge gezogen werden, sondern könne maximal für die vorgesehene Programmdauer gelten.⁶⁷³
- 273 Folgerichtig ist nach der jüngsten Konkretisierung in BGE 142 I 1 die Teilnahme an einem *nicht entlöhnten* Beschäftigungsprogramm keine Frage der Anspruchsberechtigung zum Bezug von Hilfe in Notlagen, da damit keine Möglichkeit, für sich selber zu sorgen, verpasst wird und somit eine Notlage besteht.

⁶⁶⁷ AMSTUTZ, Einstellung, S. 97 f.

⁶⁶⁸ BGE 130 I 71, E. 4.3.

⁶⁶⁹ BGE 130 I 71, E. 5.4 (ausdrücklich die Regeste des Urteils).

⁶⁷⁰ BGE 139 I 218, E. 3.3.

⁶⁷¹ BGE 139 I 218, E. 3.3.

⁶⁷² BGE 139 I 218, E. 5.3.

⁶⁷³ BGE 139 I 218, E. 5.5; grundlegend: VerwG BE, Urteil 100.2011.428Ua. v. 18.12.2012, E. 7.4.1.

Diese starke Betonung der Subsidiarität und des Vorranges der zumutbaren Selbsthilfe in Form von Arbeit kann in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auch bereits in BGE 121 I 367 beobachtet werden. Das Bundesgericht zog bei der Anerkennung des ungeschriebenen Verfassungsrechts auf Existenzsicherung in Betracht, dass ein vollständiger Leistungsentzug etwa dann möglich ist, wenn eine Erwerbsmöglichkeit bewusst ausgeschlagen wird.⁶⁷⁴

Wird jedoch an einem nicht entlöhnten Programm nicht teilgenommen, handelt es sich dabei – so das Bundesgericht – um eine Pflichtverletzung. Die Folgen einer solchen Pflichtverletzung ergeben sich aus den kantonalen gesetzlichen Grundlagen zur Sozialhilfe und diese können insbesondere in einer Kürzung der Sozialhilfeleistungen bestehen. 274

Die Teilnahme an einem (zumutbaren) Beschäftigungsprogramm ist also gem. der aktuellen Praxis nicht nur eine (sozialhilferechtliche) Verhaltenspflicht, sondern eine Anspruchsvoraussetzung des Rechts auf Hilfe in Notlagen gem. Art. 12 BV und auf Sozialhilfeleistungen. 275

3. Kantonale Gesetzgebung

a) Keine Erwähnung

Die Kantone Bern, Basel-Landschaft, Basel-Stadt, Graubünden und Tessin kennen keine Norm, welche die Einstellung der Sozialhilfe erwähnen würde. Wie die SKOS-RL, die Lehre und v.a. auch die bundesgerichtliche Rechtsprechung erwähnen, handelt es sich nicht um eine Sanktion, sondern um die Anwendung des Subsidiaritätsprinzips als Anspruchsvoraussetzung. Aus dem Subsidiaritätsprinzip fliessen Pflichten, bei deren Nichterfüllen die Anspruchsvoraussetzungen wegfallen. 276

Wie bereits gesehen, sind die Umschreibung der Subsidiarität in Art. 9 SHG/BE und jene der anspruchsbegründenden Bedürftigkeit in Art. 23 SHG/BE austauschbar (N 184). Eine Konkretisierung dahingehend, dass aus dem Subsidiaritätsprinzip Pflichten entstehen können, bei deren Nichtbeachtung die Anspruchsvoraussetzungen ausgelöscht werden, erfolgte erst durch die eben (N 269 ff.) erläuterte Rechtsprechung. 277

⁶⁷⁴ BGE 121 I 367, E. 3d.

b) *Einstellung wird gleichberechtigt wie Kürzung erwähnt*

- 278 Diverse Kantone erwähnen eine Einstellung der Hilfe gleichberechtigt neben der Kürzung der Leistungen. So z.B. der bereits zitierte Art. 31 SHG/UR, wo festgehalten wird, dass die Verletzung von Pflichten zur Verweigerung, Einstellung oder Kürzung der Hilfe führen kann. Welche Pflichtverletzungen zur Kürzung und welche zur Einstellung von Leistungen führen können, wird nicht dargelegt. Für die betroffenen Personen dürfte hier nicht klar sein, welcher Verstoss gegen welche Pflichten zu welchen Folgen führt, sofern denn die Praxis nicht den SKOS-RL und der darin enthaltenen Praxishilfe folgt.⁶⁷⁵ Auch in Verbindung mit der Bestimmung zum Subsidiaritätsprinzip sind keine zusätzlichen Konturen auszumachen, ist dieses doch nur wie folgt umschrieben: «Die öffentliche Sozialhilfe wird gewährt, wenn die hilfesuchende Person sich nicht selbst helfen kann oder Hilfe von dritter Seite nicht oder nicht rechtzeitig erhältlich ist.»⁶⁷⁶ Das Behördenhandbuch des Kantons Uri präzisiert, die Sozialhilfe sei insbesondere subsidiär gegenüber Möglichkeiten der Selbsthilfe, Leistungsverpflichtungen Dritter und freiwilligen Leistungen Dritter. Ähnliche (undifferenzierte) Regelungen sehen die Kantone Appenzell Innerrhoden,⁶⁷⁷ Appenzell Ausserrhoden,⁶⁷⁸ Genf,⁶⁷⁹ Glarus,⁶⁸⁰ Obwalden,⁶⁸¹ Schwyz,⁶⁸² St. Gallen⁶⁸³ und Zug⁶⁸⁴ vor. Hervorzuheben ist der Kanton Waadt, der die Einstellung dann vorsieht, wenn ein Einkommen oder Vermögen verschleiert wird,⁶⁸⁵ was mit der Funktion des Subsidiaritätsprinzips als Koordinationsprinzip vereinbar scheint.

⁶⁷⁵ Dazu im Kanton St. Gallen: VerwG SG, Urteil B 2015/4 v. 30.06.2015, E. 2.2.1, wonach den SKOS-RL gefolgt wird und eine Einstellung der Hilfeleistungen erfolgen kann, wenn ein lohnwirksames Beschäftigungsprogramm abgelehnt wird.

⁶⁷⁶ Art. 3 SHG/UR.

⁶⁷⁷ Art. 14 Abs. 2 ShiG/AI.

⁶⁷⁸ Art. 22 SHG/AR.

⁶⁷⁹ Art. 35 LIASI/GE.

⁶⁸⁰ Art. 28 Abs. 3 SHG/GL.

⁶⁸¹ Art. 14 SHG/OW.

⁶⁸² Art. 26a SHG/SZ.

⁶⁸³ Art. 17 SHG/SG.

⁶⁸⁴ § 21^{ter} SHG/ZG.

⁶⁸⁵ Art. 42 Abs. 1 RLASV/VD.

**c) *Einstellung bei Ablehnung zumutbarer Arbeit
und schweren Pflichtverletzungen***

Mehrere Kantone sehen explizit die Möglichkeit der Einstellung jeglicher Unterstützung bei der Ablehnung zumutbarer Arbeit vor.⁶⁸⁶ Der Kanton Zürich sieht beispielsweise in § 24a Abs. 1 SHG/ZH vor, dass vom Rechtsanspruch auf Sozialhilfe unter Berücksichtigung von Art. 12 BV ausnahmsweise abgewichen werden kann und die Leistungen ausnahmsweise ganz oder teilweise einzustellen sind, wenn die Hilfesuchenden eine zumutbare Arbeit oder die Geltendmachung eines Ersatzeinkommens verweigern (lit. a), die Leistungen bereits gekürzt worden sind (lit. b) und unter Androhung der Einstellung eine zweite Frist zur Annahme der Arbeit gesetzt worden ist (lit. c). Diese Bestimmung ist gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung unbedenklich und kann als Grundlage für eine Einstellung der Sozialhilfe dienen, wenn an einem nicht entlöhnten Beschäftigungsprogramm nicht teilgenommen wird.⁶⁸⁷ Konkretisiert, wie die (Teil-)Einstellung erfolgt, wird jedoch nicht.

Am deutlichsten ist die zugleich jüngste kantonale Bestimmung, die im Kanton Aargau zu finden ist, welche die Einstellung der Sozialhilfe explizit bei nicht nachgewiesener Bedürftigkeit und einer Verletzung der Subsidiarität vorsieht. Eine Weigerung, eine «mögliche, zumutbare und konkret zur Verfügung stehende Arbeit anzunehmen oder an einem ihr möglichen, zumutbaren und konkret zur Verfügung stehenden entlöhnten Beschäftigungsprogramm teilzunehmen»,⁶⁸⁸ wird als einer der Tatbestände, die zu einer Einstellung der Leistungen wegen verletzter Subsidiarität führen können, erwähnt. Eine Einstellung resp. Kürzung erfolgt mittels Anrechnung im Umfang des vorgesehenen Lohns.⁶⁸⁹ In verfahrensrechtlicher Hinsicht wird – in Abweichung zur Praxishilfe der SKOS – davon aus-

⁶⁸⁶ Siehe: AG: § 5a SPG/AG; FR: Art. 10 Abs. 5 ARSHG/FR; JU: Art. 35 LASoc/JU; Art. 5 Abs. 2 Arrêté/JU; LU: § 14 Abs. 3 SHV/LU; NW: Art. 23 SHG/NW; TG: § 2h Abs. 3 SHV/TG; ZH: § 24a Abs. 1 SHG/ZH.

⁶⁸⁷ Siehe BGE 142 I 1. Dabei wird hier die Meinung vertreten, dass die kantonalen gesetzlichen Grundlagen in diesem Fall lediglich die Kürzung der Sozialhilfeleistungen und nicht die Einstellung zugelassen hätten, da es sich nicht um ein entlöhntes Programm und somit nicht um ein Programm, das einer zumutbaren Arbeit gleichgestellt werden kann, handelte, vgl. dazu bereits STUDER/PÄRLI, S. 1393; siehe N 282 f. eingehender zum Verhältnis zu Art. 12 BV.

⁶⁸⁸ § 5a Abs. 1 lit. b Ziff. 1 SPG/AG.

⁶⁸⁹ § 5a Abs. 2 SPG/AG.

gegangen, dass eine solche Einstellung ohne vorgängigen Erlass einer Verfügung möglich sein soll und lediglich ein schriftlicher Hinweis genügt.⁶⁹⁰

- 281 Eine Grundlage für die Anrechnung von hypothetischen Einkommen findet sich auch im Kanton Wallis.⁶⁹¹ Zwei Kantone (Solothurn⁶⁹² und Schaffhausen⁶⁹³) beschränken sich darauf, auszuführen, dass eine Einstellung den schweren Pflichtverletzungen vorbehalten bleibt. Beide Kantone erwähnen dabei die Einstellung als Sanktion und sehen vor, dass die betroffenen Personen vorher angehört bzw. mindestens schriftlich auf die Rechtsfolgen hingewiesen werden. Im Kanton Solothurn sieht § 93 Abs. 1 lit. a SV/SO vor, dass von den SKOS-Richtlinien beim Sanktionierungssystem insofern abgewichen werde, als bei wiederholten und schweren Pflichtverletzungen die Unterstützung auf Nothilfe herabgesetzt werden könne.

4. Verhältnis der Einstellung von Sozialhilfe zu Art. 12 BV

- 282 Nicht zuletzt aus BGE 142 I 1 ergibt sich, dass die Frage der Einstellung der Sozialhilfe von der Frage des Verlusts der Anspruchsberechtigung zum Bezug von Nothilfe bei nicht (mehr) erfüllten Anspruchsvoraussetzungen nach Art. 12 BV zu trennen ist.⁶⁹⁴ So hielt das Bundesgericht fest, dass die Sozialhilfe gestützt auf das kantonale Recht (§ 24a SHG/ZH) eingestellt werden kann, jedoch weiterhin die Nothilfe gem. Art. 12 BV gewährleistet werden muss. Damit wird zum Ausdruck gebracht, dass es sich um unterschiedliche Unterstützungssysteme handelt und die Nothilfe nicht (nur) als Kern der Sozialhilfe betrachtet werden kann. Die Argumentation des Bundesgerichts lässt allerdings als fraglich erscheinen, ob eine Einstellung der Sozialhilfe auch als Sanktion und nicht nur in Anwendung der Subsidiarität erfolgen kann. Eine Auslegung dahingehend, dass dies auch als Sanktion zulässig wäre, ist abzulehnen, da damit das Bedarfsdeckungs- und Finalprinzip der Sozialhilfe in Frage gestellt wird.
- 283 Dass zwischen einer Einstellung der Sozial- und Nothilfe unterschieden werden muss, legen bspw. auch die gesetzlichen Grundlagen des Kantons Thurgau nahe,

⁶⁹⁰ Regierungsrat des Kantons Aargau, Botschaft vom 25.05.2016 an den Grossen Rat, 16.114, Gesetz über die öffentliche Sozialhilfe und die soziale Prävention, S. 11 und S. 13.

⁶⁹¹ Art. 1 Abs. 5 i.V.m. Art. 42 ARGES/VS.

⁶⁹² § 165 SG/SO i.V.m. § 17 SG/SO.

⁶⁹³ Art. 26 Abs. 4 SHEG/SH.

⁶⁹⁴ Auch bereits: HÄNZI, S. 152.

gemäss welchen nach einer Einstellung der Sozialhilfe nur noch Nothilfe ausgerichtet wird.⁶⁹⁵

Illustrativ dazu ist auch ein Fall des Bundesgerichts betreffend den Kanton Aargau: Ein junger Sozialhilfeempfänger wurde in seiner Leistungsberechtigung bei der Sozialhilfe eingestellt. Ihm wurde danach Nothilfe in der Form von zunächst CHF 10/Tag und später von CHF 14.50/Tag ausbezahlt. Jedoch hatte er die Hilfe jeweils montags persönlich zwischen 09.00 Uhr und 10.00 Uhr beim Sozialamt abzuholen. Zudem wurde ihm eine Unterkunft in einer Zivilschutzanlage angeboten. Das BGer hielt fest, dass diese gebotenen Leistungen zwar unterhalb der Unterstützungsansätze der Sozialhilfe lägen, aber das Recht auf Nothilfe gem. Art. 12 BV damit gewahrt sei. Es sei nicht willkürlich, dass keine weitergehenden Leistungen gewährt würden, und unter Berücksichtigung von Art. 12 BV sei das gewählte Unterstützungsregime nicht zu beanstanden.⁶⁹⁶ In einem anderen Fall wurde erwogen, dass nach der Einstellung der Sozialhilfe gem. dem kantonalen Sozialhilfegesetz «immerhin» noch Nothilfe in Form von Essens- und Übernachtungsgutscheinen und medizinischer Notfallversorgung gewährt werde.⁶⁹⁷

Andere kantonale Sozialhilfegesetze erwähnen, wie gesehen, die Einstellung und eine Kürzung als gleichberechtigte Sanktionen, ohne genauer zu regeln, wann welche Sanktion anwendbar ist. Hier ist jeweils zu klären, ob nicht die Geltung der SKOS-RL in diesem Kanton einer Einstellung der Sozialhilfe entgegensteht und das Recht auf Hilfe in Notlagen vorbehalten bleibt.⁶⁹⁸ Sollte eine Einstellung der Sozialhilfe gestützt auf die kantonalen Rechtsgrundlagen überhaupt möglich sein, wird weiter gefordert, dass beweisbare, nicht entschuldbare und sehr erhebliche Pflichtverletzungen vorliegen und die Verfahrensvorgaben streng beachtet werden.⁶⁹⁹ 284

Offensichtlich verkannt wird die Unterscheidung zwischen Sozialhilfe und Nothilfe in den gesetzlichen Grundlagen des Kantons Nidwalden, wo unter Art. 23 SHG/NW festgehalten wird, dass «vom grundsätzlichen Rechtsanspruch» auf Nothilfe gem. Art. 12 BV ausnahmsweise abgewichen werden könne und die Leistungen u.a. dann ganz oder teilweise einzustellen seien, wenn eine zumutbare Arbeit nicht angenommen werde. Ein «Abweichen» vom Rechtsanspruch auf Nothilfe ist grundsätzlich nicht möglich. Diese Bestimmung würde wohl einer Normenkontrolle durch das BGer nur standhalten, wenn dargelegt wird, dass sie in Übereinstimmung mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Subsidiaritätsprinzip angewandt wird.

⁶⁹⁵ § 2h SHV/TG.

⁶⁹⁶ Urteil BGer 8C_460/2018 v. 26.11.2018, E. 4.3.

⁶⁹⁷ Urteil BGer 8C_100/2017 v. 14.06.2017, E. 8.2.1.

⁶⁹⁸ MÖSCH PAYOT, § 39.117.

⁶⁹⁹ MÖSCH PAYOT, § 39.117; WOLFFERS, S. 168 f.; HÄNZI, S. 152.

- 285 Trotz dieser bestehenden Unsicherheit, ob Sozialhilfeleistungen in der Praxis auch sanktionsweise vollumfänglich eingestellt werden (können), bleibt festzuhalten, dass die Anforderungen an das i.S. der Subsidiarität geforderte Verhalten und somit die Anspruchsvoraussetzungen der Sozial- und Nothilfe gem. der aktuellen Rechtsprechung in einem wesentlichen Punkt deckungsgleich sind: Die Person, die eine konkret zur Verfügung stehende (zumutbare) Arbeit (in einem Beschäftigungsprogramm) ablehnt, obwohl sie objektiv, rechtlich und faktisch in der Lage wäre, die Arbeit jederzeit anzutreten und damit ein Einkommen zu erzielen, hat keinen Anspruch auf staatliche Unterstützung; weder unter dem Titel «Nothilfe» noch unter dem Titel «Sozialhilfe».⁷⁰⁰ Ob dies jedoch in Anbetracht der unterschiedlichen Funktionen und aufgrund des grundrechtlichen Charakters von Art. 12 BV angebracht ist und ob nicht mit HÄNZI eine striktere Trennung zu fordern wäre, ist zu prüfen.⁷⁰¹

5. Rezeption in Praxis und Rechtsprechung

a) *Einführung zusätzlicher Anspruchsvoraussetzungen?*

- 286 Eine Analyse der kantonalen und bundesgerichtlichen Rechtsprechung rund um das Subsidiaritätsprinzip zeigt, dass die fehlende klare gesetzliche Umschreibung der Anforderungen an die Subsidiarität in der Tendenz dazu führt, dass zusätzliche Anspruchsvoraussetzungen für die Leistungen der Sozial- und Nothilfe geschaffen werden.
- 287 Deutlich ist dies beispielsweise in einem Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Solothurn zu erkennen: Einer Person, der sämtliche Leistungen aufgrund eines nicht angetretenen Arbeitseinsatzes eingestellt wurden, wurde mitgeteilt, sie erhalte erst nach erfolgtem «Tatbeweis» in Form eines Einsatzes in einem Beschäftigungsprogramm wieder Sozialhilfe.⁷⁰² Dies sei nicht zu beanstanden, da sich der Beschwerdeführer «beharrlich und schon fast in querulatorischer Art der aktiven Mitwirkung und dem Prinzip der Gegenleistung» entziehen wolle.⁷⁰³

⁷⁰⁰ Deutlich: BGE 139 I 218, E. 5.3.

⁷⁰¹ HÄNZI, S. 87.

⁷⁰² VerwG SO, Urteil VWBES.2017.128 v. 22.05.2017, E. 2.2.

⁷⁰³ VerwG SO, Urteil VWBES.2017.128 v. 22.05.2017, E. 2.3.

Ähnlich auch das Urteil des Verwaltungsgerichts Thurgau, wonach Sozialhilfe erst gewährt werde, wenn ein einmonatiger Arbeitseinsatz ohne Fehltag geleistet worden sei. Auch ein Gesuch um Nothilfe wurde hier abgelehnt, denn es wäre widersprüchlich, Nothilfe zu gewähren, wenn mit einem Arbeitseinsatz ordentliche Unterstützungsleistungen erarbeitet werden könnten.⁷⁰⁴

Das Bundesgericht hält es nicht für «offensichtlich unhaltbar», dass die Sozialkommission die laufende Unterstützung wegen fehlender Anspruchsvoraussetzungen einstellte, weil der Beschwerdeführer Unterlagen aus dem Verfahren bei der Invalidenversicherung nicht beibrachte. Das BGer stützt die Ansicht, dass die Sozialkommission auf genaue Angaben zum Gesundheitszustand angewiesen sei, um beurteilen zu können, ob eine Person ihre Möglichkeiten zur Selbsthilfe ausgeschöpft habe und welche Möglichkeiten zur sozialen und beruflichen Integration bestünden. Denn «nur so kann sie (die Sozialkommission) entscheiden, ob der Betroffene einer den Anspruch auf Sozialhilfe ausschliessenden Arbeit nachgehen könnte und gegebenenfalls, was für eine Tätigkeit von ihm aus gesundheitlichen Gründen verlangt werden kann».⁷⁰⁵ Ähnlich wurde im Kanton Thurgau ein Unterstützungsgesuch abgewiesen, weil die hilfesuchende Person nicht von sich aus Unterlagen zu ihrem Gesundheitszustand und der Erwerbsfähigkeit beibrachte, und es unterliess, geltend zu machen, dass ihre Parkinson-Krankheit fortgeschritten sei. Es wurde dementsprechend davon ausgegangen, dass der Beschwerdeführer ein existenzsicherndes Einkommen erzielen könnte.⁷⁰⁶ 288

Mit Urteil des Bundesgerichts 8C_787/2011 v. 28.02.2012 wurde einem Juristen für die Zeit nach seinen Anwaltspraktika keine staatliche Unterstützung gewährt, weil er sich nicht um Tätigkeiten ausserhalb seines angestammten Berufs bemüht habe. Das Bundesgericht hielt fest, es seien zwar solche Bemühungen erfolgt, das Sozialamt habe aber bei der Prüfung nach der Rückweisung festzustellen, ob die Arbeitsbemühungen rechtzeitig und in qualitativer und quantitativer Hinsicht ausreichend gewesen seien.⁷⁰⁷ 289

Explizit hält die Rechtsprechung des Kantons Freiburg fest, dass «fehlender Arbeitswille» nicht bloss mit Kürzungen der Sozialhilfe, sondern auch mit der 290

⁷⁰⁴ VerwG TG, Urteil TVR 2015 Nr. 23 v. 25.02.2005, E. 2.6.

⁷⁰⁵ Urteil BGer 8C_884/2012 v. 22.01.2013, E. 4.2.

⁷⁰⁶ VerwG TG, Urteil TVR 2010 Nr. 18 v. 30.06.2010, E. 2.6.

⁷⁰⁷ Urteil BGer 8C_787/2011 v. 28.02.2012, E. 5.2.2.

Einstellung jeglicher Hilfeleistungen gehandelt werden könne.⁷⁰⁸ Dem Beschwerdeführer wurde sodann vorgehalten, er sei «arbeitsfähig und demzufolge ohne Weiteres in der Lage (...), einer ihm angepassten Tätigkeit nachzugehen».⁷⁰⁹ Anzumerken ist, dass das Bundesgericht in einem jüngeren Urteil festgehalten hat, wer aufgrund seiner Geisteshaltung nicht arbeite, habe keinen Anspruch auf Nothilfe.⁷¹⁰

- 291 Ist die Teilnahme an einem Programm eine Anspruchsvoraussetzung für Leistungen der Sozial- und Nothilfe, sobald das Programm entlohnt ist, gilt es zu berücksichtigen, welche Ziele ein Beschäftigungsprogramm verfolgt. Zum Beispiel verfolgen die sogenannten Testarbeitsplätze im Kanton Bern, welche auch in BGE 139 I 218 zu beurteilen waren, u.a. das Ziel, die Motivation, Arbeitsbereitschaft und den Kooperationswillen einer Person zu testen.⁷¹¹ In Konkretisierung des Subsidiaritätsprinzips eine Auflage zur Teilnahme an einem solchen Programm zu erteilen, sei zulässig.⁷¹² Dies bedeutet schliesslich, wer nicht im Rahmen dieses Programms kooperationswillig und arbeitsbereit ist, hat keinen Anspruch auf staatliche Hilfe.

b) Einführung zusätzlicher, unverhältnismässiger Sanktionen?

- 292 Die Einstellung von Hilfeleistungen gestützt auf das Subsidiaritätsprinzip soll nach der Theorie keine Sanktion darstellen, sondern sei eine Frage der Anspruchsvoraussetzungen (siehe N 266). In der Praxis zeigt sich jedoch, dass der Einsatz in einem (entlohten) Beschäftigungsprogramm als Möglichkeit zur (zusätzlichen) Sanktionierung gesehen und so eingesetzt wird:
- 293 Dies belegen Aussagen von Sozialarbeiter_innen⁷¹³ und vereinzelt wird diese Kritik auch von Personen geäussert, die an einem solchen Arbeitsplatz eingesetzt werden: Es sei eine Sanktion und keine Möglichkeit, ein selbstbestimmtes Leben

⁷⁰⁸ KG FR, Urteil 605 2015 134/135 v. 06.07.2015, E. 9a; zitiert wird HÄNZLI, S. 85 f., obwohl sich die zitierte Autorin kritisch zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung äussert und den Arbeitswillen auch nicht als Anspruchsvoraussetzung nennt, sondern darlegt, dass ein nicht vorhandener Arbeitswille an den Anspruchsvoraussetzungen «rüttelt».

⁷⁰⁹ KG FR, Urteil 605 2015 134/135 v. 06.07.2015, E. 9c.

⁷¹⁰ Urteil BGer 8C_850/2018 v. 12.06.2019, E. 3.2.2.2.

⁷¹¹ Siehe dazu auch nachfolgend N 332 sowie N 363 ff.

⁷¹² VerwG BE, Urteil 200 15 645 SH v. 20.08.2016, E. 3.2; VerwG BE, Urteil 200 16 1048 SH v. 24.01.2017, E. 3.1 (Abklärung der Arbeitsfähigkeit).

⁷¹³ Interview S2.

zu führen.⁷¹⁴ Kritisch äussert sich hierzu auch HÄNZI, die erkannt hat, dass Arbeitsprogramme mitunter als Instrument zur Einstellung jeglicher Unterstützungsleistungen geschaffen wurden. Sie weist auch darauf hin, dass bei einer Verweigerung einer Stelle auf dem ersten Arbeitsmarkt kaum eine Leistungseinstellung in Anwendung des Subsidiaritätsprinzips erfolgen könne, da das Stellenangebot auf dem Arbeitsmarkt – nicht wie ein Arbeitsprogramm – nur für kurze Zeit zur Annahme bereitstehe.⁷¹⁵ So wird es ins Belieben der Sozialdienste gestellt, ob jemand in einer Notlage gem. Art. 12 BV ist oder nicht: Wird ein (entlöhnter) Programmplatz angeboten, ist die Bedürftigkeit beendet und dies ungeachtet dessen, ob jemand am Programm tatsächlich teilnimmt. Steht der Platz nicht (mehr) zur Verfügung, lebt die Bedürftigkeit und die Anspruchsberechtigung wieder auf.

Auch in BGE 142 I 1 wird das Anbieten einer in der Höhe der Nothilfe entlöhnten Stelle als ein Mittel zur Sanktionierung von «renitenten» Sozialhilfeempfänger_innen vorgeschlagen: «Immerhin stünde es der Beschwerdegegnerin⁷¹⁶ offen, ihr Beschäftigungsprogramm im Umfang der Sozialhilfe oder zumindest der Nothilfe zu entgelten. Diesfalls könnte sie sich auf die obgenannte Rechtsprechung⁷¹⁷ stützen und bei ungenügender Mitwirkung am Programm die Sozialhilfe⁷¹⁸ streichen.»⁷¹⁹ 294

Als Folge dieses Urteils ist im Kanton Zürich zu sehen, wie der Einsatz in einem entlöhnten Programm als Mittel der Sanktionierung eingesetzt wird: Eine Sozialhilfeempfängerin weigerte sich, an einem (tief) entlöhnten Arbeitsprogramm teilzunehmen, woraufhin der Lohn exakt so berechnet wurde, dass sich ein (Tages-)Lohn ergab, der dem Unterstützungsbedarf entsprach, womit die Voraussetzungen für eine vollständige Leistungseinstellung gegeben waren.⁷²⁰ Bereits früher drohte etwa der Kanton Thurgau die Einstellung der Sozialhilfeleistungen an, sollten sie nicht durch Beschäftigung erarbeitet werden.⁷²¹

⁷¹⁴ Interview K4; ähnlich auch: HÄNZI, S. 153; MÖSCH PAYOT, Sozialhilfemissbrauch, S. 307.

⁷¹⁵ HÄNZI, S. 91.

⁷¹⁶ Beschwerdegegnerin war die Gemeinde.

⁷¹⁷ Bezug genommen wird auf BGE 139 I 218 sowie das Urteil BGer 2P.147/2002 v. 04.03.2003.

⁷¹⁸ Womit auch die Nothilfe gem. Art. 12 BV gemeint war.

⁷¹⁹ BGE 142 I 1, E. 7.2.6.

⁷²⁰ VerwG ZH, Urteil VB.2017.00509 v. 11.06.2018.

⁷²¹ VerwG TG, Urteil TVR 2010 Nr. 20 v. 17.02.2010.

- 295 Die Einstellung infolge einer Nichtteilnahme an einem Beschäftigungsprogramm trifft sodann unter Umständen die ganze Unterstützungseinheit und nicht nur die fehlbare Person selber. In mehreren Urteilen kann beobachtet werden, dass bei einer Nichtteilnahme am Programm durch ein Familienmitglied die Hilfeleistungen der gesamten Unterstützungseinheit eingestellt wurden.⁷²² Dies wird damit begründet, dass, wenn der Ehefrau und den Kindern weiterhin Sozialhilfe ausbezahlt würde, der Ehemann weiterhin von dieser Sozialhilfe «(mit-)profitieren» könnte. Zudem würde der Zweck der Leistungseinstellung, welcher darin besteht, «den Beschwerdeführer zur Minderung oder Behebung der Bedürftigkeit im Rahmen des ihm Zumutbaren anzuhalten, unterlaufen».⁷²³ Dies weist deutlich darauf hin, dass es sich um eine besonders strenge Sanktion bei einer Pflichtverletzung handelt und nicht etwa um eine nicht (mehr) bestehende Bedürftigkeit. Die Einwände der Ehefrau, sie treffe kein Verschulden, weswegen die Einstellung ihr – und den Kindern – gegenüber nicht gerechtfertigt sei und dass ihr keine Möglichkeit gegeben worden sei, einen Abklärungsplatz anzutreten und somit für sich selber zu sorgen, wurden nicht gehört.⁷²⁴
- 296 Die (Teil-)Einstellung mittels Anrechnung des (hypothetischen) Einkommens führt zu Kürzungen der Sozialhilfe, die weit über dem Kürzungsumfang von 30 % des Grundbedarfs von CHF 997 – also knapp CHF 300 – gem. den SKOS-Richtlinien liegen.

Von den zuständigen kantonalen Gerichten wurde z.B. im Grundsatz eine Anrechnung der folgenden Einnahmen aus einem Programmeinsatz gutgeheissen:

- Stundenlohn von CHF 2.35 aus einem nicht besuchten Beschäftigungsprogramm⁷²⁵ – selbst bei diesem tiefen Stundenlohn resultiert jedoch bei einem Vollzeitpensum ein Monatslohn von über CHF 400 und bei dessen hypothetischer Anrechnung eine Reduktion des GBL um über 40 %.
- Hypothetisch existenzsichernde Einkommen aus einem Programmeinsatz.⁷²⁶

⁷²² VerwG BE, Urteile 200 16 361 v. 22.09.2016; 200 16 434 v. 12.07.2016; 200 14 178 v. 11.09.2014; Département de la santé et des affaires sociales NE, Urteil REC.2011.107 v. 31.05.2011.

⁷²³ VerwG BE, Urteil 200 16 361 v. 22.09.2016, E. 4.4.

⁷²⁴ VerwG BE, Urteil 200 16 361 v. 22.09.2016, E. 4.4.

⁷²⁵ VerwG GR, Urteil U 15 5 v. 01.04.2015, die Sache wurde wegen formeller Mängel jedoch an die Vorinstanz zurückgeschickt und die Anrechnung aufgehoben; weitere Urteile aus GR: VerwG GR U 16 20 v. 09.06.2016; U 15 59 v. 29.09.2015.

⁷²⁶ VerwG AG, Urteil WBE 2010.397 v. 19.04.2011, E. II.6.

- CHF 1'500 aus einer 50 %-Tätigkeit an das Unterstützungsbudget einer Familie.⁷²⁷
- Anrechnung eines Einkommens von CHF 250 an eine bereits gekürzte Sozialhilfeleistung, sodass nur noch Nothilfe von CHF 8/Tag (CHF 240/Monat zuzüglich Krankenkassenprämie und allfälliger Selbstbehalte) zur Verfügung stand. Hier beanstandete das kantonale Gericht die fehlende Befristung dieser Sanktion.⁷²⁸

Zumindest in zwei weiteren Fällen standen formelle Mängel einer Anrechnung entgegen, wobei nicht grundsätzlich Kritik an der Anrechnung eines Einkommens von CHF 800⁷²⁹ resp. CHF 1'200 bei einer Unterstützung von CHF 1'576⁷³⁰ aus der sogenannten Basisbeschäftigung geübt wurde.

Dies führt zur Frage, wie sich Personen, denen die Sozialhilfeleistungen und Nothilfeleistungen in Anwendung des Subsidiaritätsprinzips eingestellt wurden, die Existenz sichern können. In einzelnen Fällen ist nicht ausgeschlossen, dass noch ein Vermögensfreibetrag vorhanden ist; in anderen Fällen droht tatsächlich die Betteexistenz, vor welcher Art. 12 BV an sich bewahren sollte.

c) *Einführung von Verschuldenselementen?*

Die Verneinung der Anspruchsberechtigung bei einer Nichtteilnahme an einem Programm gem. der Rechtsprechung des Bundesgerichts respektive der aktuellen Praxis der Kantone kann insbesondere im Kontext von Art. 12 BV zu Spannungen zwischen dem Subsidiaritätsprinzip und dem Bedarfsdeckungs- resp. Finalprinzip führen. Wie bereits angesprochen, ist gem. Letzterem die Hilfe auch dann aufzunehmen, wenn eine Bedürftigkeit selbstverschuldet ist. Es ist auf die aktuellen und tatsächlichen Verhältnisse abzustellen und in dieser Perspektive zu prüfen, ob jemand über die erforderlichen Mittel zur Bestreitung des Existenzbedarfs verfügt.⁷³¹ In diesem Zusammenhang ist dann auch die Berücksichtigung von hypothetischen Einkommen nicht zulässig (siehe auch N 171).

Die aktuelle Praxis erfordert nun aber eine Unterscheidung zwischen einer selbstverschuldeten Notlage – bei der Hilfe gewährt wird – und einer Notlage, die be-

⁷²⁷ OGer SH, Urteil OGE 60/2006/55 v. 27.10.2006.

⁷²⁸ VerwG SG, Urteil B 2009/64 v. 19.08.2009, E. 3.3.

⁷²⁹ VerwG ZH, Urteil VB.2009.00262 v. 18.06.2009, E. 4.3; hier war die Weisung zur Programtteilnahme noch nicht in Rechtskraft erwachsen.

⁷³⁰ VerwG ZH, Urteil VB.2018.00230 v. 14.08.2018, E. 3.2; hier war die Anrechnung deshalb unzulässig, weil die Teilnahme am Programm nicht verfügt wurde.

⁷³¹ AMSTUTZ, Anspruchsvoraussetzungen, S. 21.

steht resp. bestehen bleibt wegen nicht ausgeschöpfter Selbsthilfe.⁷³² Bei nicht ausgeschöpfter Selbsthilfe tritt jedoch auch eine selbstverschuldete Notlage ein.⁷³³ Das Selbstverschulden liegt darin, dass nicht genügend zumutbare Selbsthilfe ausgeübt wurde.

- 299 Die Lehre äussert sich denn auch kritisch dazu: Es werde damit ein sachfremdes Element des Verschuldens in den grundrechtlichen Kerngehalt hineingetragen⁷³⁴ und «das gesellschaftliche Bild einer zu einem Paradigma hochstilisierten ‹Eigenverantwortung›»⁷³⁵ dazu verwendet, dem Menschen, «der könnte, wenn er denn nur wollte»,⁷³⁶ selbst die minimalsten Existenzgrundlagen zu entziehen.⁷³⁷

D. Einstellung wegen (rechts-)missbräuchlichen Verhaltens?

1. Allgemeines

- 300 Eine weitere negative Folge einer Nichtteilnahme an einem Beschäftigungsprogramm könnte die Einstellung der Unterstützungsleistungen wegen Rechtsmissbrauch darstellen. Das Bundesgericht prüfte den ersten Fall, in dem eine Einstellung der Sozialhilfe infolge einer verweigerten Teilnahme an einem Beschäftigungsprogramm zu beurteilen war, ausschliesslich unter dem Gesichtspunkt des Rechtsmissbrauchs. Es führte dabei aus, der Beschwerdeführer verkenne, «dass Sozialhilfe insbesondere bei Rechtsmissbrauch verweigert bzw. gekürzt werden kann».⁷³⁸ Das Bundesgericht geht davon aus, eine Kürzung oder Einstellung der Sozialhilfe bei einem rechtsmissbräuchlichen Verhalten sei auch ohne gesetzliche Grundlage möglich, da das Rechtsmissbrauchsverbot ein allgemeiner Rechtsgrundsatz sei.⁷³⁹ Explizit in ihren gesetzlichen Grundlagen erwähnen denn

⁷³² PÄRLI, Aspekte, S. 51; DERS., Auswirkungen, S. 111.

⁷³³ PÄRLI, Aspekte, S. 51.

⁷³⁴ HÄNZI, S. 86 f.

⁷³⁵ WIZENT, S. 89.

⁷³⁶ AMSTUTZ, Anspruchsvoraussetzungen, S. 19.

⁷³⁷ Kritisch auch: PÄRLI, Aspekte, S. 51; STUDER/PÄRLI, Duty to Work, S. 105; HÄNZI, Pflicht, N 5.

⁷³⁸ Urteil BGer 2P.7/2003 v. 14.01.2003, E. 2.3.

⁷³⁹ BGE 122 II 193, E. 2c/ee; Urteil BGer 2P.156/2005 v. 17.10.2005, E. 5.1 f.

auch nur die Kantone Graubünden,⁷⁴⁰ Jura⁷⁴¹ und Wallis⁷⁴² das rechtsmissbräuchliche Verhalten als einen Sanktionstatbestand. Im Kanton Aargau wurde dieser Tatbestand mit der letzten Gesetzesrevision per April 2018 gestrichen, mit der Begründung, eine klarere Gesetzgebung schaffen zu wollen.⁷⁴³

Bereits bei der Anerkennung des ungeschriebenen Verfassungsrechts auf Existenzsicherung hatte sich das Bundesgericht dazu zu äussern, ob der Anspruch auf verfassungsmässige Unterstützungsleistungen infolge eines rechtsmissbräuchlichen Verhaltens verweigert werden dürfe. Dies verneinte es nicht absolut, sondern im konkreten Fall; das Unterlassen des Stellens eines Wiedereinbürgerungsgesuchs zielt nicht einzig auf das Aufrechterhalten einer Notlage ab, um in Genuss von Unterstützungsleistungen zu kommen. Hingegen erwähnt das Bundesgericht das Verweigern der Annahme einer Arbeit als potentiell rechtsmissbräuchliches Verhalten, welches zum Verlust der Unterstützungsleistungen führen könne.⁷⁴⁴ Ob die Leistungen aus Art. 12 BV bei einem rechtsmissbräuchlichen Verhalten verweigert werden können, lässt das Bundesgericht nach wie vor ausdrücklich offen.⁷⁴⁵ 301

Entsprechend ist nachfolgend für Art. 12 BV und die Leistungen der kantonalen Sozialhilfe gesondert zu betrachten, ob und in welchen Fällen sie bei Rechtsmissbrauch eingestellt werden können und insbesondere ob die Weigerung, an einem Beschäftigungsprogramm teilzunehmen, ein rechtsmissbräuchliches Verhalten darstellt. 302

2. Begriffliches

Sozialhilfemissbrauch wird in der sozialpolitischen Debatte viel diskutiert, wenn auch die zahlenmässige Relevanz marginal ist.⁷⁴⁶ Es kann in der Tat ein gewisser Reflex beobachtet werden, ein Verhalten, das als verwerflich oder renitent eingeschätzt wird, als rechtsmissbräuchlich zu verurteilen. 303

⁷⁴⁰ Art. 11 Abs. 1 lit. c ABzUG/GR.

⁷⁴¹ Art. 36 Abs. 1 OASoc/JU.

⁷⁴² Art. 19^{ter} Abs. 3 SHG/VS.

⁷⁴³ Regierungsrat des Kantons Aargau, Botschaft vom 25.05.2016 an den Grossen Rat, 16.114, Gesetz über die öffentliche Sozialhilfe und die soziale Prävention, S. 8 f.

⁷⁴⁴ BGE 121 I 367, E. 3c.

⁷⁴⁵ Zuletzt: BGE 142 I 1, E. 7.2.5; Urteil BGer 8C_850/2018 v. 12.06.2019.

⁷⁴⁶ WIZENT, S. 562; siehe zu den Anfängen der Diskussion: WISLER ALBRECHT ANNETTE, Was heisst Sozialhilfemissbrauch? – Damit klar ist, wovon wir reden, ZESO 2/2006, S. 4–5.

Im Kanton Bern wurde beispielsweise im Jahr 2016 bei einer Gesamtzahl von 42'953 Sozialhilfebezüger_innen in 172 Fällen aufgrund eines Verdachts auf Sozialhilfemissbrauch eine Inspektion angeordnet (ca. 0,4 % der Fälle). In 54 Fällen hat sich der Verdacht erhärtet und in vier teilweise erhärtet. Dabei bezieht sich der Verdacht in fast 50 % der Fälle auf ein nicht vollständig deklariertes Erwerbseinkommen, in 26,3 % der Fälle auf falsche Angaben zur Wohnsituation und in 16,7 % der Fälle auf nicht korrekt deklarierte Vermögenswerte. Andere Fälle machen lediglich 9,1 % aus.⁷⁴⁷

- 304 Der Begriff des Rechtsmissbrauchs ist von demjenigen des Sozialhilfemissbrauchs abzugrenzen.⁷⁴⁸ Unter Sozialhilfemissbrauch wird einerseits der strafrechtlich relevante Betrug (Art. 146 StGB) resp. der Missbrauch von Sozialleistungen i.S.v. Art. 148a StGB verstanden.⁷⁴⁹ Dabei wird eine Notlage durch aktives Tun oder Unterlassen vorgetäuscht und in der Folge finanzielle Leistungen ausbezahlt, obwohl die Bedürftigkeit gar nicht gegeben wäre. Das Versäumnis, die eigene Notlage zu verbessern, gilt nicht als strafbares Verhalten i.S.v. Art. 148a StGB. Dasselbe gilt für die zweckwidrige Verwendung von Sozialhilfeleistungen.⁷⁵⁰ Auch eine Person, die unter Verwendung einer falschen Identität ein Gesuch um Nothilfe stellt, hat Anspruch auf Nothilfe und macht sich nicht des Betrugs strafbar.⁷⁵¹
- 305 Darüber hinaus wird nebst diesem strafrechtlichen Begriff auch in anderen Konstellationen zumindest umgangssprachlich von Sozialhilfemissbrauch gesprochen. So gilt gemeinhin auch eine Person, die selbstverschuldet bedürftig ist, als «Sozialschmarotzer_in» und wird des Missbrauchs bezichtigt.⁷⁵²
- 306 Unter dem Rechtsmissbrauch von Sozialhilfe wird die Berufung auf das einem zustehende Recht aus zweckfremden Motiven verstanden, also einem «eigentlichen Missbrauch der Sozialhilfe als Institution der Rechtsordnung».⁷⁵³ Dieser Aspekt

⁷⁴⁷ GESUNDHEITS- UND FÜRSORGEDIREKTION, Sozialamt, Berichterstattung Sozialinspektion, Erhebung 2016, S. 4 f., www.gef.be.ch (Soziales / Publikationen / Sozialhilfe), besucht am 30.04.2021.

⁷⁴⁸ Zum Sozialhilfemissbrauch als «schillerndem» Begriff: MÖSCH PAYOT, Sozialhilfemissbrauch, S. 284.

⁷⁴⁹ MÖSCH PAYOT, Sozialhilfemissbrauch, S. 287.

⁷⁵⁰ BURCKHARDT JENNY/SCHULTZE MARLEN, N 2 zu Art. 148a StGB, in: Trechsel Stefan/Pieth Mark (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen 2018.

⁷⁵¹ Urteil BGer 6B_1101/2017 v. 30.05.2018, E. 5.

⁷⁵² MÖSCH PAYOT, Sozialhilfemissbrauch, S. 286, der mit Bezugnahme auf das Finalprinzip zugleich klarstellt, dass bei selbstverschuldeter Bedürftigkeit nicht von Sozialhilfemissbrauch gesprochen werden kann.

⁷⁵³ MÖSCH PAYOT, Sozialhilfemissbrauch, S. 285.

steht hier im Vordergrund, wenn es darum geht, festzustellen, ob eine Nichtteilnahme an einem Beschäftigungsprogramm (oder die Ausschlagung von Erwerbsarbeit allgemein) eine Leistungseinstellung wegen rechtsmissbräuchlichen Verhaltens rechtfertigt.⁷⁵⁴ Allgemein gesprochen setzt ein Rechtsmissbrauch voraus, dass ein Recht in einer Weise in Anspruch genommen wird, die Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 BV) widerspricht.⁷⁵⁵ Dies bedeutet, dass ein «Rechtsinstitut zweckwidrig zur Verwirklichung von Interessen verwendet wird, die nicht in dessen Schutzbereich liegen».⁷⁵⁶

3. (Rechts-)Missbrauch von Art. 12 BV

Die Lehre ist sich bereits seit geraumer Zeit mehrheitlich einig, dass eine Verwirkung der Ansprüche aus Art. 12 BV infolge Rechtsmissbrauch nicht möglich ist, und kritisiert die bundesgerichtliche Rechtsprechung, die diese Frage offenlässt.⁷⁵⁷ Dies wird nach hier vertretener Ansicht richtigerweise vor allem mit der Deckungsgleichheit des Schutzbereichs und des Kerngehalts begründet. Demzufolge sei entscheidend, ob sich jemand im Schutzbereich des Rechts auf Hilfe in Notlagen befinde und sobald dies zu bejahen sei, seien die Leistungen gestützt auf Art. 12 BV zu gewähren.⁷⁵⁸ Dies selbst dann, wenn das Recht instrumentalisiert würde und über den Zweck einer Überbrückungshilfe hinaus etwa dafür in Anspruch genommen würde, einen auf unbefristete Zeit angelegten illegalen Aufenthalt in der Schweiz zu erzwingen,⁷⁵⁹ oder wenn ein unbestreitbar zu missbilligen-

⁷⁵⁴ Zustimmend: WOLFFERS, S. 168; MÖSCH PAYOT, Sozialhilfemissbrauch, S. 285.

⁷⁵⁵ Ausführlich: SCHEFER, S. 378 ff.; BREINING-KAUFMANN/WINTSCH, S. 509.

⁷⁵⁶ BGE 138 III 401, E. 2.2; so auch: BGE 128 II 145, E. 2.2.

⁷⁵⁷ Ohne Anspruch auf Vollständigkeit: AMSTUTZ, S. 301 ff.; DIES., Anspruchsvoraussetzungen, S. 24 f.; SCHEFER, S. 349; WALDMANN, S. 368; MÜLLER/SCHEFER, S. 780; MEIER/STUDER, N 48; HANGARTNER, S. 1149; HARTMANN, S. 420; KIENER/VON BÜREN, S. 14; BREINING-KAUFMANN/WINTSCH, S. 509; GÄCHTER/WERDER, BSK-BV, N 40 zu Art. 12 BV; MÖSCH PAYOT, Sozialhilfemissbrauch, S. 311; MÜLLER L., St. Galler Kommentar, N 34 zu Art. 12 BV, solange von der Identität des Schutzbereichs mit dem Kerngehalt ausgegangen werde; BIGLER-EGGENBERGER, N 27 zu Art. 12 BV; RIEMER-KAFKA, Hilfe in Notlagen, S. 148; UEBERSAX, S. 54 f.; MEYER-BLASER/GÄCHTER, S. 88; und insbesondere auch ausführlich: GÄCHTER, Rechtsmissbrauch, S. 329 f.; a.M. ohne weitere Begründung: AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, N 1558.

⁷⁵⁸ AMSTUTZ, Anspruchsvoraussetzungen, S. 25; KIENER/VON BÜREN, S. 14; TSCHUDI CARLO, Nothilfe in Not, ZESO 1/2005, S. 31.

⁷⁵⁹ HANGARTNER, S. 1149.

des Verhalten einer Person vorliege.⁷⁶⁰ Der Solidaritätsgedanke, der Art. 12 BV zu Grunde liege, lasse keine Sanktionierung eines Verhaltens zu, auch wenn dieses Verhalten selbst in Widerspruch zur Solidarität und zum Grundsatz von Treu und Glauben stehe.⁷⁶¹ Hingegen ist beispielsweise eine Person, die eine Notlage vor-täuscht, nicht anspruchsberechtigt, da es hier an der Notlage fehlt.⁷⁶² Ein Rechtsmissbrauch liegt aber nicht vor.⁷⁶³

- 308 Seit der Anerkennung der Deckungsgleichheit von Schutzbereich und Kerngehalt von Art. 12 BV setzt sich die bundesgerichtliche Rechtsprechung vermehrt mit den Anspruchsvoraussetzungen auseinander und die Frage des Rechtsmissbrauchs rückt in den Hintergrund. Die Auslegung des Subsidiaritätsprinzips erlangt dadurch zusätzliche Bedeutung. So hielt das BGer auch jüngst fest, die Frage des Rechtsmissbrauchs sei nicht entscheidend, wäre doch der Beschwerdeführer mit einer geänderten Geisteshaltung in der Lage, für sich selber zu sorgen, und befände sich somit nicht im Schutzbereich des Rechts auf Hilfe in Notlagen.⁷⁶⁴ Dass die Grundsatzentscheidung dennoch immer noch offengelassen wird, trägt wenig zur Rechtssicherheit bei und lässt sich dogmatisch nicht nachvollziehen.⁷⁶⁵

So scheint das Urteil BGer 2P.7/2003 v. 14.01.2003 überholt und nicht mehr massgeblich zu sein.⁷⁶⁶ Dasselbe gilt wohl auch für BGE 122 II 193, wo das Bundesgericht die Verweigerung jeglicher Unterstützungsleistungen infolge Rechtsmissbrauch bei einem Asylsuchenden, der durch aktive Arbeitsverweigerung, Sachbeschädigungen und Missachtung der Hausordnung auffiel, als unverhältnismässig beurteilte.⁷⁶⁷ Die Frage der Verhältnismässigkeit einer Einstellung stellt sich nicht (mehr), da der Schutzbereich dem Kerngehalt entspricht und somit kein Platz bleibt für eine (verhältnismässige) Einschränkung des Rechts auf Hilfe in Notlagen.

⁷⁶⁰ AMSTUTZ, S. 313.

⁷⁶¹ RIEMER-KAFKA, Hilfe in Notlagen, S. 148.

⁷⁶² WALDMANN, S. 360.

⁷⁶³ Ähnlich auch: DUBEY, N 4627.

⁷⁶⁴ Urteil BGer 8C_850/2018 v. 12.06.2019, E. 3.2.2.2.

⁷⁶⁵ So meint z.B. auch HANGARTNER, S. 1149, es sei unreal, wenn sich das Bundesgericht zur Frage äussere, ob eine Verwirkung des Kerngehaltsanspruchs infolge Rechtsmissbrauch möglich sei; kritisch auch: MEIER/STUDER, N 45; STUDER, S. 344.

⁷⁶⁶ In diesem Sinne sind wohl auch GÄCHTER/WERDER, BSK-BV, N 40 zu Art. 12 BV, zu verstehen, wonach das BGer die Argumentation mit dem Rechtsmissbrauchsverbot implizit verworfen habe.

⁷⁶⁷ BGE 122 II 193, E. 3c; Hinweise dazu auch bei WIZENT, S. 225.

Festgehalten werden kann, dass das Bundesgericht den möglichen Rechtsmissbrauch von Art. 12 BV eng umschreibt und voraussetzt, dass «die bedürftige Person absichtlich die eigene Lage allein zum Zweck verursacht hat, um sich in der Folge auf das Recht auf Hilfe in Notlagen berufen zu können. Dieser Wille muss klar und unbestreitbar festgestellt werden. Der Missbrauch muss daher offensichtlich sein.»⁷⁶⁸ So wurde auch festgehalten, die Weigerung, an einem nicht entlöhnten Beschäftigungsprogramm teilzunehmen, sei nicht rechtsmissbräuchlich.⁷⁶⁹ Ebenso wenig der Umstand, dass ein deutschsprachiger Psychotherapeut auch nach Erhalt der Berufsausübungsbewilligung im französischsprachigen Wallis kein (existenzsicherndes) Einkommen erzielt⁷⁷⁰ oder dass sich jemand aufgrund seiner Geisteshaltung weigert, eine bezahlte Arbeit zu suchen.⁷⁷¹

Meines Erachtens ist auch die Frage, ob Rechtsmissbrauch vorliege, wenn jemand die Unterstützungsleistungen in zweckwidriger Weise einsetze und deshalb den Anspruch auf Nothilfe gem. Art. 12 BV verwirkt habe, eine Frage der Anspruchsvoraussetzungen. So stellt sich bei einer nicht zweckgerichteten Verwendung der Mittel tatsächlich die Frage, ob sich eine Person in einer Notlage befindet und sie ihren Lebensunterhalt nicht doch offenbar durch andere Mittel decken kann, wenn es ihr möglich ist, die zur Deckung des Lebensunterhalts bestimmten Leistungen anderweitig zu verwenden.⁷⁷²

4. (Rechts-)Missbrauch der Sozialhilfe

Das Bundesgericht unterstellt den Rechtsmissbrauch in der Sozialhilfe denselben Kriterien wie denjenigen der Nothilfe – sollte dieser denn überhaupt möglich sein. Die eigene Lage muss absichtlich und alleine zum Zweck des Sozialhilfebezugs herbeigeführt worden sein; dieser Wille muss klar und unbestreitbar sein. Der Missbrauch muss offensichtlich sein. Bloss Indizien genügen nicht.⁷⁷³ Damit werden auch hier einer möglichen Anwendung des Rechtsmissbrauchs enge Grenzen gesetzt.⁷⁷⁴ Die Autoren, die grundsätzlich davon ausgehen, dass das Ablehnen einer zumutbaren Arbeit ein rechtsmissbräuchliches Verhalten darstelle, fügen

⁷⁶⁸ Urteil BGer 8C_927/2008 v. 11.02.2009, E. 5.3, mit Hinweis auf BGE 134 I 65.

⁷⁶⁹ BGE 142 I 1, E. 7.2.5.

⁷⁷⁰ Urteil BGer 8C_927/2008 v. 11.02.2009, E. 5 und E. 6; für weitere Beispiele aus der Rechtsprechung: MEIER/STUDER, N 46 f.

⁷⁷¹ Urteil BGer 8C_850/2018 v. 12.06.2019, E. 3.2.2.2.

⁷⁷² Ähnlich auch: TSCHUDI C., S. 128 betr. Sozialhilfe.

⁷⁷³ Urteil BGer 8C_100/2017 v. 14.06.2017, E. 8.3.1.

⁷⁷⁴ Ähnlich auch: HEUSSER, N 15.

hinzu, dies sei nur dann anzunehmen, wenn es wiederholt geschehe, die Bemühungen um Arbeit eindeutig unzureichend seien und kein anderer Grund für die ausbleibenden Bemühungen als bewusste Absicht auszumachen sei. Es sei daher notwendig, die Gründe für das abwehrende Verhalten der Sozialhilfeempfänger_in zu kennen.⁷⁷⁵ Auch bei einer Mitverantwortung oder Schuld für die eigene Notlage sei kein Sozialhilfemissbrauch anzunehmen.⁷⁷⁶

In diesem Sinne korrekt: Urteil BGer 8C_927/2008 v. 11.02.2009, E. 6.2, wo darauf hingewiesen wird, dass unklar bleibt, ob der sich «renitent» verhaltende Beschwerdeführer, der mit eigenen finanziellen und persönlichen Schwierigkeiten belastet ist, überhaupt in der Lage ist, ein Patientengut als Psychotherapeut aufzubauen und zu betreuen, oder ob ihm dies nicht durch gesundheitliche Gründe erschwert oder gar verunmöglicht ist. Ebenfalls korrekt VerwG AG, Urteil AGVE 2017 37 v. 28.08.2017, wonach kein rechtsmissbräuchliches Verhalten vorliege, wenn die mangelnde Kooperation der unterstützten Person mit der Invalidenversicherung auf psychische Gründe zurückzuführen sei.

- 311 Das Bundesgericht ist grundsätzlich zurückhaltend, Rechtsmissbrauch in der Sozialhilfe anzunehmen, und fordert im sogenannten «Fall Berikon», dass grundsätzliche Verfahrensrechte auch bei einem Verdacht auf rechtsmissbräuchliches Verhalten gewahrt werden.⁷⁷⁷ Im selben Fall wurde ein unzuverlässiges und unkooperatives Verhalten eines jungen männlichen Sozialhilfeempfängers, der diverse Termine nicht wahrgenommen hat und u.a. der Weisung, eine Arbeit zu suchen, nicht nachgekommen ist, nicht als rechtsmissbräuchlich eingestuft. Ein solches Verhalten könne als renitent bezeichnet werden, aber die Feststellung des kantonalen Gerichts, es sei kein Rechtsmissbrauch, sei nicht willkürlich, zumal nicht erstellt gewesen sei, dass das Verhalten einzig auf den Verblieb in der Sozialhilfe ausgerichtet gewesen sei.⁷⁷⁸ Auch nicht rechtsmissbräuchlich verhalten hat sich das Ehepaar, das einen Teil des vorbezogenen BVG-Kapitals für die Rückzahlung von Darlehen und Schulden sowie für eine Ferienreise ausgegeben hat, obwohl bei der vorangehenden Ablösung von der Sozialhilfe die Auflage gemacht wurde, sparsam mit dem Geld umzugehen.⁷⁷⁹

⁷⁷⁵ WOLFFERS, S. 168; MÖSCH PAYOT, Sozialhilfemissbrauch, S. 285.

⁷⁷⁶ MÖSCH PAYOT, Sozialhilfemissbrauch, S. 286.

⁷⁷⁷ Urteil BGer 8C_500/2012 v. 22.11.2012, E. 7.2.2.

⁷⁷⁸ Urteil BGer 8C_500/2012 v. 22.11.2012, E. 7.4.2; siehe zu diesem Urteil auch: HEUSER, N 13 ff.

⁷⁷⁹ Urteil BGer 8C_100/2017 v. 14.06.2017, E. 8.3.1; siehe für weitere Beispiele: MEIER/STUDER, N 46.

Kritisch zu beurteilen ist daher folgende Fallkonstellation: Im Januar 2015 ver- 312
 lagerte eine vom Sozialdienst der Gemeinde X. unterstützte Person ihren Wohnsitz
 in die Stadt Freiburg und ersuchte dort um Sozialhilfe. Der Sozialdienst der Stadt
 Freiburg weigerte sich, Leistungen auszurichten, weil sich der Bedürftige unge-
 nügend um Stellen bemüht habe, obwohl er arbeitsfähig gewesen sei, er sich erst
 verspätet beim RAV gemeldet habe und er im Zusammenhang mit einem Arbeits-
 integrationseinsatz Forderungen betreffend die Arbeitszeiten aufgestellt habe. Der
 40-jährige Betroffene führte Beschwerde gegen diese Nichtgewährung von So-
 zialhilfe und zog im Juni 2015 wieder aus der Gemeinde Freiburg weg – zurück
 zu seinen Eltern. Das angerufene Kantonsgericht entschied im Dezember 2015
 über diese Beschwerde und kam zum Schluss, dem Beschwerdeführer werde kei-
 ne rückwirkende Sozialhilfe für die Periode Februar–Mai 2015 ausgerichtet.⁷⁸⁰

Der Beschwerdeführer gelangte ans Bundesgericht, welches mit Urteil 313
 8C_124/2016 v. 23.11.2016 die kantonalen Behörden anwies, die Ausrichtung der
 Sozialhilfe für die fragliche Zeit zu prüfen; es liege in der Natur der Sache, dass
 zwischen einer (ungerechtfertigten) Verweigerung von Sozialhilfe und dem Be-
 schwerdeentscheid darüber eine gewisse Zeit verstreiche. Dies könne aber nicht
 dazu führen, dass gar keine Sozialhilfe ausgerichtet werde.⁷⁸¹ Zudem ging das
 BGer davon aus, dass die Umstände darauf hindeuten würden, dass der Beschwer-
 deführer bedürftig gewesen sei.⁷⁸²

Erneut mit der Sache befasst, prüfte das KG Freiburg schliesslich, ob eine Verwei- 314
 gerung der Unterstützung für die Zeit, in welcher der Beschwerdeführer in Frei-
 burg residierte, in Anbetracht seiner generellen Haltung gerechtfertigt war – alles
 unter der Annahme, dass die Bedürftigkeit gegeben war.⁷⁸³ Es stellte fest, dass sich
 der Beschwerdeführer nicht kollaborativ gezeigt habe.⁷⁸⁴ Er habe sich geweigert,
 seinen Pflichten nachzukommen, und keine konstruktive Attitüde an den Tag ge-
 legt.⁷⁸⁵ Es sei von einem rechtsmissbräuchlichen Verhalten auszugehen und die
 Einstellung (bzw. Nichtgewährung) der Sozialhilfe stelle eine verhältnismässige
 Massnahme dar.⁷⁸⁶ Der Beschwerdeführer zog auch dieses Urteil ans Bundesge-
 richt weiter, welches mit Urteil BGer 8C_895/2017 v. 31.08.2018 die Beschwerde

⁷⁸⁰ KG FR, Urteil 605 2015 154/155 v. 15.12.2015, E. 3b.

⁷⁸¹ Urteil BGer 8C_124/2016 v. 23.11.2016, E. 6.1.

⁷⁸² Urteil BGer 8C_124/2016 v. 23.11.2016, E. 6.2.

⁷⁸³ KG FR, Urteil 605 2016 273 v. 10.11.2017, E. 5.

⁷⁸⁴ KG FR, Urteil 605 2016 273 v. 10.11.2017, E. 5b/aa.

⁷⁸⁵ KG FR, Urteil 605 2016 273 v. 10.11.2017, E. 5d.

⁷⁸⁶ KG FR, Urteil 605 2016 273 v. 10.11.2017, E. 6.

abwies und festhielt, es sei nicht dargelegt worden, inwiefern die vorinstanzliche Feststellung, sein Verhalten sei rechtsmissbräuchlich, Bundesrecht oder das kantonale Sozialhilfegesetz verletze.⁷⁸⁷

- 315 Dieses Ergebnis erstaunt mit Blick auf die oben erläuterten Grundsätze, lassen doch die Vorwürfe an den Beschwerdeführer nicht offensichtlich darauf schliessen, dass die Bedürftigkeit einzig zum Zweck verursacht wurde, um sich auf die Sozialhilfe berufen zu können. In Verbindung mit den gesetzlichen Grundlagen des Kantons Freiburg, die keinen Tatbestand kennen, der die Einstellung der Sozialhilfe bei Rechtsmissbrauch vorsieht, und die Pflichten und Folgen der Pflichtverletzungen ausserhalb der Integrationsvereinbarung vage umschreiben, bleibt der Eindruck bestehen, das Argument des Rechtsmissbrauchs zusammen mit einer moralisierenden Grundeinstellung des Gerichts⁷⁸⁸ ersetze die fehlende klare gesetzliche Grundlage. Dies ist problematisch, da damit nicht auf allgemeine Rechtsgrundsätze zur Leistungsreduktion und zu demokratischen Teilgehalten des Legalitätsprinzips abgestellt wird sowie den Anforderungen an die Rechtssicherheit nicht Genüge getan wird.⁷⁸⁹

Stossend ist ebenfalls das Urteil des VerwG AG, in welchem das Verhalten eines drogenabhängigen Sozialhilfeempfängers als rechtsmissbräuchlich beurteilt wurde.⁷⁹⁰ Der Sozialhilfeempfänger kam der (wiederholten) Weisung, an einem Beschäftigungsprogramm teilzunehmen, nicht nach. Im Rahmen seiner zu 50 % bestehenden Arbeitsfähigkeit habe er sich mit der «systematischen Verletzung» der Weisung «bei aller Rücksichtnahme auf die Drogenabhängigkeit» rechtsmissbräuchlich verhalten.⁷⁹¹ Im Rahmen der festgestellten Arbeitsunfähigkeit von 50 % könne hingegen die Einstellung der Hilfe nicht damit begründet werden, dass der Beschwerdeführer im Beschäftigungsprogramm ein Einkommen erzielen und somit zumindest tw. für sich selber sorgen könnte. Jedoch sei der Einsatz im Beschäftigungsprogramm v.a. zur Vermittlung von Tagesstruktur verfügt worden – es sei ausreichend, wenn der Beschwerdeführer jeden Morgen am Einsatzort erscheine, um einen Kaffee zu trinken. Falls er dieser Weisung nicht nachkommen könne, sei eine fürsorgliche Freiheitsentziehung zu prüfen; denn es sei nicht nachvollziehbar, wieso diese Auflage dem Beschwerdeführer nicht zumutbar sein solle. Der mehrmalige Verstoss gegen die Weisung sei daher auch im Rahmen der bestehenden Arbeitsunfähigkeit rechtsmissbräuchlich.⁷⁹²

⁷⁸⁷ Urteil BGer 8C_895/2017 v. 31.08.2018, E. 5.2.3.

⁷⁸⁸ Diese äussert sich etwa auch in den folgenden Urteilen: KG FR, Urteil 605 2016 166 v. 31.08.2016, E. 6a/aa; Urteil 605 2014 241 v. 19.09.2014, E. 6c.

⁷⁸⁹ Vgl. GÄCHTER, Rechtsmissbrauch, S. 329 zu Art. 12 BV.

⁷⁹⁰ So auch: WIZENT, S. 224.

⁷⁹¹ VerwG AG, Urteil WBE.2006.319 v. 29.03.2007, E. II.3.2.2.

⁷⁹² VerwG AG, Urteil WBE.2006.319 v. 29.03.2007, E. II.3.2.3.

E. Weitere negative Folgen

Nebst der sanktionsweisen Kürzung oder dem Verlust der Anspruchsberechtigung 316 kann eine verweigerte Teilnahme an einem Beschäftigungsprogramm weitere negative Folgen mit sich bringen. Das Bundesgericht erwägt in BGE 142 I 1 insbesondere in Zusammenhang mit Art. 12 BV, dass bei einer Weigerung, an einem nicht entlohnten Beschäftigungsprogramm teilzunehmen, das «renitente» Verhalten zwar nicht mit dem Verlust der Anspruchsberechtigung verbunden, aber mit weiteren Massnahmen sanktioniert werden könne. So könnten die Leistungen als Sach- statt Geldleistungen erbracht oder die Auflagen und Weisungen mit Strafandrohung nach Art. 292 StGB verbunden werden. Dies verletze den Kerngehaltsanspruch aus Art. 12 BV nicht.⁷⁹³

F. Bemerkungen zum Legalitätsprinzip

Die Pflichten zur Teilnahme an Beschäftigungsprogrammen und die Folgen einer 317 Verletzung sind vielfältig, mit unterschiedlicher Normdichte und auf unterschiedlicher Normstufe geregelt. Einige Regelungen und Konstellationen sind aus Sicht des Legalitätsprinzips (Art. 5 Abs. 1 BV) kritisch zu beurteilen. Diese Beurteilung kann hier nicht abschliessend erfolgen.⁷⁹⁴ Exemplarisch zu nennen sind Normen, welche die Pflichten kaum spezifizieren und gleichzeitig hohe Sanktionen androhen und die Einstellung der Hilfe gleichberechtigt zur Kürzung behandeln. Diese sind kaum derart formuliert, dass eine dem Gesetz unterstehende Person mit genügender Klarheit voraussehen könnte, welches Verhalten ihrerseits zu welchen Folgen führt. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind jedoch an die Normdichte im Sozialhilferecht keine hohen Anforderungen zu setzen.⁷⁹⁵ Dies wird vom BGer wie folgt begründet:

«(...) l'exigence de précision de la règle se heurte généralement à des difficultés particulières en raison de la diversité des situations personnelles, familiales et économiques envisageables, ainsi que des montants d'aide qui doivent être accordés en fonction de ces spécificités et de la situation sociale et économique des bénéficiaires.»

⁷⁹³ BGE 142 I 1, E. 7.2.5; kritisch dazu: MEIER/STUDER, N 62 ff., daran anschliessend: WIZENT, Sozialhilferecht, N 230.

⁷⁹⁴ Siehe auch WIZENT, Sozialhilferecht, N 303 und N 331 zur bisher ungenügenden Klärung der Bedeutung des Legalitätsprinzips für das Sozial(hilfe)recht.

⁷⁹⁵ BGE 141 V 688, E. 4.2.6.

- 318 So sei es nicht zu beanstanden, wenn das Gesetz nur generelle Prinzipien regle und im Übrigen (dynamisch) auf die SKOS-RL verweise.⁷⁹⁶ Problematisch ist dabei, dass die SKOS-RL festhalten, dass sich die Pflichten aus der kantonalen Gesetzgebung zu ergeben haben.⁷⁹⁷ Es erschliesst sich m.E. nicht ohne Weiteres, aus welchen Gründen im Sozialhilferecht bei der Konkretisierung von Pflichten und der Folgen von deren Verletzung die vom Bundesgericht genannten Gründe für eine geringe Normdichte einschlägig sind.⁷⁹⁸ Dass ein Konflikt zwischen dem Legalitätsprinzip und dem Individualisierungsprinzip besteht, ist bekannt.⁷⁹⁹ Dem Bedürfnis nach Individualisierung sollte jedoch nicht ungeachtet des verfassungsmässigen Grundsatzes, dass das Recht Grundlage und Schranke des staatlichen Handelns bildet (Art. 5 Abs. 1 BV), der Vorrang überlassen werden. Vielmehr wäre anhand allgemeiner Kriterien zu prüfen, ob hohe Anforderungen an die Bestimmtheit einer Norm zu stellen sind. Für eine höhere Bestimmtheit spricht etwa die Intensität, mit der auf die Lebensverhältnisse der Einzelnen eingewirkt wird; dass das staatliche Verhalten grundrechtsrelevant sein kann;⁸⁰⁰ und schliesslich auch, dass das individuelle Verhalten finanzielle Konsequenzen haben kann, die einer Busse ähnlich sind.⁸⁰¹
- 319 Eine genügende Individualisierung kann auch bei bestimmten gesetzlichen Grundlagen, wie etwa denjenigen des Kantons Waadt, mit der konkreten Auswahl des zu besuchenden Beschäftigungsprogramms und der individuell-konkreten Umsetzung des Gesetzes durch den Erlass von Verfügungen erreicht werden. Eine Kanalisierung des Ermessensspielraums der Behörden zugunsten der Rechtssicherheit wäre daher nach hier vertretener Ansicht ausdrücklich zu begrüssen.
- 320 Weiter wäre detaillierter zu untersuchen, ob dem Legalitätsprinzip Genüge getan ist, wenn die Pflichten der Sozialhilfeempfänger_innen erst auf der Stufe der Verordnung zu finden sind, können sich doch gerade Fragen im Zusammenhang mit

⁷⁹⁶ BGE 141 V 688, E. 4.2.6.

⁷⁹⁷ Siehe N 230; SKOS-RL, A.5.2.

⁷⁹⁸ Eine detaillierte Untersuchung hätte sich hier etwa auch zu Analogien zu anderen Rechtsgebieten, z.B. zum Sozialversicherungsrecht, zu äussern, siehe dazu z.B.: HÄNNI PETER, Legalitätsprinzip im Sozialversicherungsrecht. Weisungen im Fokus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, in: Riemer-Kafka Gabriela/Rumo-Jungo Alexandra (Hrsg.), Soziale Sicherheit – Soziale Unsicherheit, FS für Erwin Murer, Bern 2010, S. 273–287.

⁷⁹⁹ SCHALLER SCHENK, S. 302; WIZENT, Sozialhilferecht, N 305.

⁸⁰⁰ Siehe ausführlich: N 529 ff.

⁸⁰¹ Vgl. zu diesen Kriterien: EPINEY, BSK-BV, N 48 zu Art. 5 BV.

der Ausübung von Grundrechten stellen. Auch zu klären wäre, ob die Dauer und die Höhe der Sanktion einer formell-gesetzlichen Grundlage bedürfen.⁸⁰² Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass der (dynamische) Verweis auf die SKOS-RL in Bezug auf das Legalitätsprinzip und die Gewaltenteilung nicht unbedenklich ist.⁸⁰³

G. Zwischenfazit

Die Analyse hat bisher die grosse kantonale Regelungsvielfalt aufgezeigt. Zwar sieht eine grosse Mehrheit der Kantone eine Pflicht vor, an einem Beschäftigungsprogramm teilzunehmen. Allerdings bleibt der Spielraum, der den Rechtsanwender_innen überlassen wird, gross. Wie dieser zu nutzen ist, ist jeweils unter Berücksichtigung der SKOS-RL zu entscheiden, wobei immer abzuklären ist, in welchem Ausmass diese gelten. Dem Sozialdienst kommt dabei wiederum ein Spielraum zu, kann doch gem. bundesgerichtlicher Rechtsprechung mit einschlägiger Begründung von den RL abgewichen werden. Nach wie vor unklar bleibt nach einer Analyse der Gesetzgebung der spezifische Gehalt der Leistungs- und Gegenleistungspflichten, mitunter wird die Frage, welche Leistungen von Gegenleistungen abhängig gemacht werden können, nicht beantwortet.⁸⁰⁴ 321

Nicht wenige Kantone sehen bei einer Verletzung der Arbeitsintegrationspflichten höhere Sanktionen vor und es wird häufiger (explizit) vom Sanktionsrahmen, den die SKOS-RL vorgeben, abgewichen. Eine Einstellung der Sozialhilfe als Reaktion auf eine Pflichtverletzung kann unter Umständen in Anwendung der kantonalen Rechtsgrundlagen möglich sein. Gemäss BGE 142 I 1 ist dies gestützt auf das SHG/ZH etwa dann der Fall, wenn nicht an einem nicht entlöhnten Beschäftigungsprogramm teilgenommen wird. Wird jedoch die Sozialhilfe wegen einer Pflichtverletzung eingestellt, ist weiterhin Nothilfe zu gewähren. Mit anderen Worten ist eine Einstellung der Sozialhilfe in eng umgrenzten Fällen als Reaktion auf Pflichtverletzungen zulässig und somit der Pflichtenebene des Subsidiaritätsprinzips zuzuordnen. 322

⁸⁰² Dazu etwa: MÖSCH PAYOT, Sozialhilfemissbrauch, S. 302; kritisch zur Beachtung des Legalitätsprinzips auch: WIZENT, Sozialhilferecht, N 842.

⁸⁰³ Siehe dazu: N 152.

⁸⁰⁴ So auch bereits im Jahr 2005 in Bezug auf die SKOS-RL: TECKLENBURG, Integrationsmassnahmen, S. 92; und mit Wunsch nach Klärung diesbezüglich: PÄRLI, Auswirkungen, S. 111.

- 323 Eine Einstellung der Nothilfeleistungen ist nur dann möglich, wenn die Anspruchsvoraussetzungen i.S. der Subsidiarität nicht mehr gegeben sind. Gemäss dem Bundesgericht ist das Ablehnen einer Teilnahme an einem entlöhnten Beschäftigungsprogramm eine Pflichtverletzung, die derart beschaffen ist, dass sie die Anspruchsberechtigung auslöscht. Dies gilt sowohl für die Nothilfeleistungen als auch für die Sozialhilfe.
- 324 Diese bundesgerichtliche Rechtsprechung beeinflusst die kantonale Praxis wesentlich und diese Auslegung des Subsidiaritätsprinzips führt nach dem Gesagten dazu, dass zusätzliche Anspruchsvoraussetzungen für die Leistungen der Sozial- und Nothilfe geschaffen und zusätzliche Sanktionen eingeführt werden und die Gewährung von Sozial- und Nothilfe dadurch vermehrt mit der Frage des Verschuldens verbunden wird.
- 325 All diese Entwicklungen und Voraussetzungen sind in den gesetzlichen Grundlagen nur ausnahmsweise explizit verankert. Das Subsidiaritätsprinzip ist kaum derart detailliert beschrieben, dass klar würde, dass die Nichtbefolgung gewisser Pflichten zum Verlust der Anspruchsberechtigung zum Bezug von Sozial- und Nothilfe führen könnte. Im SHG/BE ist dies augenscheinlich nicht der Fall, erwähnen doch die gesetzlichen Grundlagen die Möglichkeit einer Einstellung der Sozialhilfe überhaupt nicht. Im jüngst geänderten SPG/AG kann hingegen beobachtet werden, dass die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Thematik fast wortgetreu kodifiziert wurde.
- 326 Für die von der Kürzung resp. Einstellung betroffenen Personen dürfte die Unterscheidung zwischen einer sanktionsweisen Kürzung und einer Einstellung der Leistungen wegen nicht gegebener Anspruchsvoraussetzungen infolge einer Verletzung der Arbeitspflichten, wie MÖSCH PAYOT⁸⁰⁵ und HÄNZI⁸⁰⁶ erwähnen, sowie so keine Relevanz haben: Ob sie weniger resp. keine Leistungen mehr erhalten, weil ihnen eine Pflichtverletzung vorgeworfen wird oder weil davon ausgegangen wird, dass sie mit dem geforderten Verhalten in der Lage wären, für sich selber zu sorgen (Subsidiaritätsprinzip), ist irrelevant und beides wird als Sanktion empfunden. Problematisch ist jedoch die fehlende Klarheit in Bezug darauf, welches Verhalten eine Kürzung oder eine Einstellung zur Folge haben kann. Auch BGE 142 I 1 hat diese Frage nicht geklärt. Eine Einstellung der Sozialhilfe rechtfertigt nicht in jedem Fall auch eine Einstellung der Nothilfe gem. Art. 12 BV. Diese zwei

⁸⁰⁵ MÖSCH PAYOT, Sozialhilfemissbrauch, S. 307.

⁸⁰⁶ HÄNZI, S. 153.

Fragen sind voneinander zu trennen, wobei bis anhin unklar ist, nach welchen Kriterien die Unterscheidung erfolgen soll.

Ob eine Einstellung der Nothilfe gem. Art. 12 BV bei Vorliegen eines rechtsmissbräuchlichen Verhaltens möglich ist, wird vom Bundesgericht offengelassen, von der Lehre jedoch (beinahe) einhellig verneint. Die Frage tritt insofern in den Hintergrund, als der Verlust der Anspruchsvoraussetzung bei einer verweigerten Teilnahme an einem Beschäftigungsprogramm resp. dem Verweigern von zumutbarer Selbsthilfe im Allgemeinen als Aspekt des Subsidiaritätsprinzips diskutiert wird. Diese Verschiebung der Diskussion hin zum Subsidiaritätsprinzip kann als allgemeiner Trend beobachtet werden. Dadurch verschärfen sich jedoch die Spannungen mit sozialhilferechtlichen Grundsätzen, insbesondere dem Finalitäts- und Bedarfsdeckungsprinzip (siehe N 167 ff.). 327

V. Ausgestaltung spezifischer Programme

A. Allgemeines

Zur konkreten Ausgestaltung der Beschäftigungsprogramme – etwa welches Programm für welche Dauer mit welchen Rechten und Pflichten verbunden ist – lässt sich der kantonalen Gesetzgebung kaum etwas entnehmen. Eine schriftliche Umfrage unter allen Kantonen hat ergeben, dass die Rechtsverhältnisse zwischen Sozialhilfeempfänger_innen, Sozialdiensten und Einsatzbetrieben sehr unterschiedlich ausgestaltet werden. Beispielsweise erhalten die Programmteilnehmer_innen in 41 % der Fälle eine Integrationszulage als Entschädigung für ihren Einsatz, wohingegen lediglich in 6 % der Programme ein Mindestlohn bezahlt wird. 21 % der Programmeinsätze werden mit einem Arbeitsvertrag zwischen der Sozialhilfeempfänger_in und dem Einsatzplatz geregelt. Häufiger erhalten die Sozialhilfeempfänger_innen jedoch einen einfachen Einsatzplan (38 %) oder zeichnen ein Betriebsreglement gegen (32 %). Am häufigsten werden die Sozialhilfeempfänger_innen vom Sozialdienst per Verfügung zum Programmeinsatz aufgefordert (57 %); die Klient_innen wählen ihren Einsatzort in 25 % der Fälle selber aus. Die Beziehung zwischen Sozialdienst und Einsatzplätzen wird meist mit Leistungsvereinbarungen (37 %), Verträgen (32 %) oder Verfügungen (25 %) geregelt.⁸⁰⁷ 328

⁸⁰⁷ Erhebung im Rahmen der Forschungsarbeiten am Projekt «Arbeitsverhältnisse unter sozialhilferechtlichen Bedingungen», siehe dazu auch: STUDER ET AL., N 89 ff.

- 329 Wie bereits erwähnt, sind die vier Programmtypen Abklärung, Vermittlung, Qualifikation und Teilhabe besonders verbreitet (siehe N 78). Nachfolgend werden drei unterschiedliche Programme aus den Kantonen Bern, Uri und Waadt etwas detaillierter vorgestellt. Welche Arbeiten werden ausgeführt? Welche positiven und negativen Anreize sind mit einer Teilnahme verbunden? Wie ist der Arbeitseinsatz rechtlich ausgestaltet und in welchem institutionellen Rahmen bewegen sie sich?

B. Abklärungsplätze Bern

- 330 Gemäss Art. 72 SHG/BE ist die kantonale Gesundheits- und Fürsorgedirektion (GEF)⁸⁰⁸ für die Bereitstellung der erforderlichen Beschäftigungs- und Integrationsangebote für erwerbslose Sozialhilfeempfänger_innen zuständig. Für die regionale Angebotsverteilung werden Leistungsverträge mit sog. strategischen Partnern abgeschlossen. Diese Partner_innen sind für die Umsetzung des von der GEF ausgearbeiteten «Detail Konzept Beschäftigungs- und Integrationsangebote der Sozialhilfe» (nachfolgend BIAS-Konzept) verantwortlich.

Die strategischen Partner_innen sind Hilfswerke (z.B. Schweizerisches Arbeiterhilfswerk, Centre Social Protestant), Stiftungen (intact, Fondation gad) und in den Regionen Bern, Biel und Thun städtische Fachstellen für Arbeitsintegration.⁸⁰⁹ In der Stadt Bern ist das Kompetenzzentrum Arbeit, welches Teil des städtischen Sozialamtes ist, zugleich die strategische Partnerin des Kantons zur Umsetzung des BIAS-Konzepts und somit verpflichtet, Angebote zur beruflichen und sozialen Integration bereitzustellen.

- 331 Das BIAS-Konzept regelt u.a., welche Vorgaben die strategischen Partner_innen bei der Bereitstellung von Beschäftigungsprogrammen zu berücksichtigen haben und mit welchen Ansätzen die Leistungen der strategischen Partner_innen entschädigt werden. Es werden dabei verschiedene Programme und Programmarten umschrieben, welche die strategischen Partner_innen anzubieten haben. Das BIAS-Angebot reicht damit von der beruflichen bis zur sozialen Integration. Als Zwischenschritt sind Leistungen mit einer Perspektive auf die berufliche Integration vorgesehen, in welchen die soziale Situation zu stabilisieren und die berufliche Eingliederung vorzubereiten ist.⁸¹⁰

⁸⁰⁸ Seit 01.01.2020: Gesundheits-, Sozial-, und Integrationsdirektion (GSI); Webseite und zitierte Dokumente lauten nach wie vor auf GEF.

⁸⁰⁹ GEF Bern, BIAS-Perimeter ab 2019, www.gef.be.ch (Soziales / Berufliche und soziale Integration / Für Sozialhilfebeziehende / Beschäftigungs- und Integrationsangebote (BIAS) / Perimeter), besucht am 30.04.2021.

⁸¹⁰ GESUNDHEITS- UND FÜRSORGEDIREKTION, BIAS, S. 10 f.

Ein besonderes durch die strategischen Partner_innen vorzusehendes Angebot sind die Abklärungsplätze, die als «Leistungsangebote für besondere Bedürfnisse» i.S.v. Art. 73 Abs. 2 SHG/BE gelten. Diese werden durch das BIAS-Konzept als «multifunktionales Test- und Abklärungsinstrument» umschrieben.⁸¹¹ Das BIAS-Konzept weist insbesondere drei Wirkungsziele für einen Abklärungsplatz aus: Erstens soll die Kooperationsbereitschaft getestet sowie die Arbeitsfähigkeit, der Arbeitswille und ein Missbrauchsverdacht geklärt sein. Zweitens soll das weitere Vorgehen – also eine Anschlusslösung – eruiert werden. Drittens ist nach Möglichkeit bei 100 % der Personen, die nicht an der Massnahme teilnehmen, die Sozialhilfe wegen nicht gegebener Anspruchsvoraussetzungen einzustellen.⁸¹² Während einer Teilnahme wird keine Sozialhilfe mehr ausgerichtet, sondern diese im Umfang des effektiv erzielbaren Lohnes und in Anwendung des Subsidiaritätsprinzips reduziert.⁸¹³ Es ist dieses Programm, welches dem Sachverhalt in BGE 139 I 218 zu Grunde liegt und bereits den Berner Dekorateur betraf (siehe N 269). Wie AMSTUTZ richtig voraussagte, prägte diese bundesgerichtliche Rechtsprechung auch die Verwaltungspraxis und schliesslich die Rechtsprechung in anderen Kantonen.⁸¹⁴ Abklärungsplätze in dieser oder ähnlicher Form sind in der Praxis diverser Kantone vorzufinden.

Damit eine Einstellung der Sozialhilfe möglich ist, ist ein Abklärungsplatz zu entlöhen. Der Lohn ist existenzsichernd in dem Sinne, dass er (leicht) über dem sozialhilferechtlichen Bedarf liegt. Für jede Person wird er individuell, basierend auf ihrem Unterstützungsbudget, festgelegt.⁸¹⁵ Diese Berechnung des Lohnes führt unter anderem auch dazu, dass der Lohn von einer Person zur nächsten bei gleichen Aufgaben (erheblich) variiert.⁸¹⁶ Der Lohn beträgt maximal CHF 4'500. Liegt der sozialhilferechtliche Bedarf höher, wird die Differenz weiterhin in Form von Sozialhilfe ausbezahlt.⁸¹⁷ Die Teilnahme am Abklärungsplatz wird nicht als «besondere Integrationsleistung» betrachtet und berechtigt daher nicht zu einer Integrationszulage. Diese wird dementsprechend auch nicht bei der Lohnberech-

⁸¹¹ GESUNDHEITS- UND FÜRSORGEDIREKTION, BIAS, S. 12.

⁸¹² GESUNDHEITS- UND FÜRSORGEDIREKTION, BIAS, S. 12.

⁸¹³ GESUNDHEITS- UND FÜRSORGEDIREKTION, BIAS, S. 16.

⁸¹⁴ AMSTUTZ, Bemerkungen, S. 458.

⁸¹⁵ GESUNDHEITS- UND FÜRSORGEDIREKTION, BIAS, S. 16.

⁸¹⁶ Interview P5; dies hat zumindest auch ein Teilnehmer am Abklärungsplatz festgestellt: Interview K3.

⁸¹⁷ GESUNDHEITS- UND FÜRSORGEDIREKTION, BIAS, S. 16.

nung berücksichtigt. Ebenso wenig wird ein Einkommensfreibetrag gewährt.⁸¹⁸ Die Lohnhöhe wird also vom Sozialdienst bestimmt.

- 334 Weiter geht das BIAS-Konzept in Bezug auf die Abklärungsplätze davon aus, dass eine Einstellung der Sozialhilfe bei einer verweigerten Teilnahme unter den folgenden Voraussetzungen möglich ist:
- Die Arbeit muss den Betroffenen konkret und aktuell zur Verfügung stehen.
 - Die Arbeit muss den minimalen Fähigkeiten der Arbeitnehmer_innen entsprechen.
 - Es muss sichergestellt sein, dass sich die Betroffenen der Konsequenz einer Stellenablehnung bewusst sind.
 - Im Falle einer Weigerung, das Stellenangebot anzunehmen oder der Arbeit nachzukommen, muss eine Mahnung erfolgen.
 - Die Arbeitsstelle muss im Falle der Einstellung der Sozialhilfe nach wie vor bereitstehen.⁸¹⁹
- 335 Für einen Einsatz am Abklärungsplatz wird ein auf maximal drei Monate befristeter Arbeitsvertrag mit dem Einsatzbetrieb geschlossen. Die Durchführung der Abklärungsplätze war im Untersuchungszeitraum in der Stadt Bern bei der Syphon AG angegliedert.⁸²⁰ Das heisst, der strategische Partner des Kantons Bern – das Kompetenzzentrum Arbeit – hat für die Realisierung dieser Abklärungsplätze wiederum einen Partnerbetrieb – die Syphon AG – beauftrag.⁸²¹
- 336 Die Syphon AG ist eine Bauteilbörse. Die Tätigkeiten, die während eines Abklärungsplatzes auszuführen sind, sind dementsprechend das Sortieren, Entsorgen, Reinigen und Aufbereiten von zuvor auf Baustellen demontierten Bauteilen (z.B. sanitäre Einrichtungen). Ebenfalls sind Arbeiten im Sekretariat, in der Administration und Lagerbewirtschaftung auszuführen und als letzter Einsatzbereich ist der Hausdienst und die betriebseigene Cafeteria zu nennen.⁸²²

⁸¹⁸ GESUNDHEITS- UND FÜRSORGEDIREKTION, BIAS, S. 20.

⁸¹⁹ GESUNDHEITS- UND FÜRSORGEDIREKTION, BIAS, S. 17.

⁸²⁰ Seit dem 01.01.2019 werden die Abklärungsplätze in den Velostationen der Stadt Bern angeboten. Die Velostationen sind ein eigener, interner Betrieb des Kompetenzzentrums Arbeit.

⁸²¹ Interview S7.

⁸²² Syphon, Soziale Integration, www.syphon.ch (Soziale Integration), besucht am 30.04.2021.

Da ein Arbeitsverhältnis in diesem Sinne nicht länger als drei Monate dauert, ist 337
im Krankheitsfall keine Lohnfortzahlung geschuldet.⁸²³ Bei krankheits- oder un-
fallbedingten Abwesenheiten von mehr als fünf aufeinanderfolgenden Tagen wird
der Arbeitseinsatz abgebrochen und die Teilnehmenden wieder von der Sozialhilfe
unterstützt. Sobald die Person wieder arbeitsfähig ist, wird sie erneut einem Ab-
klärungsplatz zugewiesen.⁸²⁴

Im Jahr 2018 waren 89 % der Teilnehmer_innen an einem Abklärungsplatz männ- 338
lichen Geschlechts; 286 Personen wurden einem Abklärungsplatz zugewiesen,
106 traten den Abklärungsplatz nicht an. Bei 90 Personen wurde ein Verfahren zur
Einstellung der Sozialhilfe eingeleitet.⁸²⁵

Die Testarbeitsplätze waren 2012 Gegenstand einer parlamentarischen Interpellation
im bernischen Grossen Rat. Die Regierung stellte in ihrer Antwort in Aussicht, die
Streichung der Testarbeitsplätze als Sparmassnahme ab 2014 vorzuschlagen. Als Grün-
de angeführt wurden, dass die Plätze teuer seien, die Einsparungen kaum messbar seien
und aufgrund eines Urteils des Verwaltungsgerichts, welches eine dauerhafte Einstel-
lung der Sozialhilfe als Folge des Nichtantritts eines Testarbeitsplatzes untersagt habe,
die Wirksamkeit der Testarbeitsplätze zur Missbrauchsbekämpfung bescheiden sei.⁸²⁶
Die Plätze wurden schliesslich beibehalten – eine dauerhafte Einstellung der Sozial-
und Nothilfe bleibt in Anbetracht von BGE 139 I 218 resp. BGE 142 I 1 nicht möglich;
jedoch eine vorübergehende.

C. «Sprungbrett» Uri

Der Kanton Uri verfügt auf dem Kantonsgebiet nur über einen Einsatzbetrieb, 339
in welchem sozialhilferechtliche Beschäftigungsprogramme angeboten werden.
Dies ist der Verein «Sprungbrett» in Altdorf. Im «Sprungbrett» werden (vorwie-
gend) niederschwellige Arbeitsplätze angeboten, wobei nicht nur Klient_innen der

⁸²³ Vgl. Art. 324a Abs. 1 OR *in fine*. Dazu auch Interview K4: «(...) Was ich halt wirklich
auch schade finde, ist, wenn man halt einmal wirklich eine Krankheit hat, dann halt
nicht bezahlt wird, das ist halt natürlich schon etwas sehr Schwieriges, find ich (...) ich
bin auch in diesen drei Monaten zwei Tage einmal krank gewesen, da fehlt einem dann
natürlich gleich einiges an Geld.»

⁸²⁴ GESUNDHEITS- UND FÜRSORGEDIREKTION, BIAS, S. 16.

⁸²⁵ GESUNDHEITS- UND FÜRSORGEDIREKTION, Auswertung, S. 13.

⁸²⁶ Interpellation 100-2013 Sancar (Bern, Grüne), «Sind Testarbeitsplätze (TAP) das rich-
tige Instrument?»; vgl. Urteil VerwG BE, 100.2011.428Ua v. 18.10.2012, welches zu
BGE 139 I 218 führte.

Sozialhilfe, sondern auch solche der Invalidenversicherung und v.a. der ALV dort eingesetzt werden. Auch Personen aus dem Asylbereich werden im Sprungbrett beschäftigt.

- 340 Die Tätigkeiten und Einsatzbereiche sind nach Geschlecht getrennt. Für Frauen stehen insbesondere Arbeiten im Bereich der Handarbeit zur Verfügung, wie z.B. das Nähen von Kleidern für die «Guggenmusik» oder von Kirschsteinsäckchen. Auch Putzarbeiten, sowohl in den Geschäftsräumen des «Sprungbretts» als auch in einem Altersheim, werden fast ausschliesslich den Frauen zugeteilt. Dasselbe gilt für die Arbeiten in der betriebseigenen Küche. Die Männer werden v.a. im Recyclingbereich und Aussendienst eingesetzt. Im Recycling werden insbesondere alte Elektrogeräte zur Entsorgung aufbereitet. Der Aussendienst umfasst Aufräumarbeiten im Wald, aber auch die Herstellung und Montage von Sitzbänken im öffentlichen Raum.⁸²⁷ Ein Wechsel einer Frau von «weiblichen» zu «männlichen» Arbeiten scheint selbst auf deren ausdrücklichen Wunsch hin nicht einfach möglich zu sein.⁸²⁸
- 341 Die Sozialhilfeempfänger_innen werden mittels Verfügung verpflichtet, am Arbeitseinsatz beim Sprungbrett teilzunehmen. Die Personen, die beim Sprungbrett eingesetzt werden, der zuständige Sozialdienst und «Sprungbrett» unterzeichnen zudem eine Vereinbarung. In dieser werden diverse Aspekte des Arbeitseinsatzes verbindlich festgelegt. So gelten die Arbeitszeiten von 07.45 bis 11.45 und von 13.00 bis 17.00 Uhr resp. freitags bis 16.00 Uhr. Die Sozialhilfeempfänger_innen werden verpflichtet, alles zu unternehmen, um Berufsunfälle und -krankheiten zu vermeiden. Arbeitskleider werden zur Verfügung gestellt. Für die Kranken- und Unfallversicherung werden die Teilnehmer_innen verantwortlich erklärt und «Sprungbrett» lehnt jegliche Haftungsansprüche bei Unfällen am Arbeitsplatz ab. Die Sozialhilfeempfänger_innen werden verpflichtet, Absenzen zwischen 07.30 und 08.00 Uhr zu melden, ansonsten wird eine Absenz als unentschuldigt gewertet. Bei gravierenden Regelverstössen wie Diebstahl, Drogenkonsum oder -deal, Rassismus, sexuellen Übergriffen oder Belästigung erfolgt eine Meldung an den zuweisenden Sozialdienst. Dasselbe gilt bei Alkoholkonsum, wo eine 0,01-Promille-Toleranz gilt. Ebenfalls haben die Sozialhilfeempfänger_innen in der Vereinbarung gesundheitliche Beeinträchtigungen und die Einnahme von Medikamenten, welche die Arbeitsleistung beeinträchtigen könnten, offenzulegen.⁸²⁹

⁸²⁷ Zum Ganzen: Interview P4, wonach diese Einteilung «logisch» sei; sowie www.sprungbrett-uri.ch, besucht am 30.04.2021.

⁸²⁸ Interview K11.

⁸²⁹ Allgemeine Richtlinien für die Programmteilnahme am Programm «Sprungbrett», im Anhang I.

Teilnehmer_innen beziehen weiterhin Sozialhilfe und ihr Einsatz beim Sprungbrett wird mit einer Integrationszulage entschädigt. Diese beträgt im Kanton Uri zwischen CHF 100 und CHF 200 (siehe N 248). 342

Beim Programm des Sprungbretts steht eher die Beschäftigung im Vordergrund und nicht die Arbeitsintegration.⁸³⁰ Allenfalls kann eine soziale Integration über die Vermittlung von Tagesstruktur im Zentrum eines Einsatzes stehen.⁸³¹ Das «Basismodul» verfolgt das Ziel, eine Tagesstruktur im Arbeitsbereich zu vermitteln, die Vitalität, Arbeits- und Leistungsfähigkeit aufzubauen und zu steigern sowie die Präsenz zu prüfen und zu steigern.⁸³² Zusätzlich zum «Basismodul» können weitere Module durch den Sozialdienst «gebucht» werden. So kann etwa ein Modul «Bewerbung» besucht werden, welches mit dem Ziel von laufenden Stellenbewerbungen verknüpft ist. Wird dieses Modul besucht, stehen den Teilnehmer_innen für das Schreiben von Bewerbungen zwei mal zwei Stunden pro Woche zur Verfügung. Dabei werden sie nach Bedarf auch in die Benützung von Computern eingeführt.⁸³³ 343

Insgesamt beurteilen Leiter_innen der Sozialdienste der Gemeinden und des kantonalen Sozialamtes das Angebot des «Sprungbretts» für die Bedürfnisse der Sozialhilfeempfänger_innen im Kanton Uri als ungenügend. Deshalb greifen die Sozialdienste auch auf ausserkantonale Angebote zurück und arbeiten mit Coaches zusammen, welche die Sozialhilfeempfänger_innen spezifisch und gezielt begleiten.⁸³⁴ Bemängelt wird die Ausrichtung auf Beschäftigung und die unklare Integrationswirkung des Programms. Es sei offen, ob die Personen, die wieder eine Stelle finden, dies auch ohne die Teilnahme am Programm in derselben Zeit geschafft hätten. Zudem kann ein gewisser «Drehtüreffekt» festgestellt werden: Saisonal bedingt werden in den Sommermonaten weniger Personen im «Sprungbrett» beschäftigt und einige Personen scheinen fast jeden Winter ins «Sprungbrett» zurückzukehren, weil sie ihre Stelle z.B. im Strassenbau verloren haben.⁸³⁵ 344

⁸³⁰ Interviews S9 und S5.

⁸³¹ Interview S6.

⁸³² Muster-Verfügung arbeitsmarktliche Massnahme Sprungbrett, im Anhang II.

⁸³³ Interviews P4; K8; K9.

⁸³⁴ Interviews S5; S6; S9.

⁸³⁵ Interview P4: «Jaja, sie kommen immer wieder. Also man kann sagen: ‹Tschüss, bis zum nächsten Mal, in dem Sinne!›.»

D. ProTravail Waadt

- 345 Das Programm ProTravail im Kanton Waadt richtet sich an Personen, die vermittlungsfähig sind, die aber bereits länger als zwei Jahre nicht mehr gearbeitet haben und Sozialhilfe beziehen. Bezüger_innen von Arbeitslosentaggeldern sind vom Programm ausgeschlossen.⁸³⁶ Für diese Personen, die relativ weit weg vom ersten Arbeitsmarkt sind (*«éloignée du marché de travail»*⁸³⁷), soll eine dauerhafte Wiedereingliederung in den ersten Arbeitsmarkt erreicht werden.
- 346 Wie die Syphon AG (N 335) ist auch ProTravail eine Bauteilbörse, d.h., auch hier werden auf Baustellen z.B. nicht mehr gebrauchte sanitäre Einrichtungen ausgebaut, gereinigt und wiederverkauft (Geschäftsbereich ProMaison). Zudem ist ProTravail im Unterhalt öffentlicher Räume und Plätze tätig, insbesondere werden Graffiti entfernt (Geschäftsbereich ProPublic).⁸³⁸ Die Belegschaft ist überwiegend männlich, von den bisher 167 Personen, die im Programm eingesetzt wurden, waren lediglich zwei weiblich.⁸³⁹
- 347 Die Sozialhilfeempfänger_innen, die bei ProTravail eingesetzt werden, erhalten einen auf zwölf Monate befristeten Arbeitsvertrag, der dem OR unterstellt ist. Ihre Rechte und Pflichten richten sich nach dem Arbeitsvertrag. Der Stundenlohn beträgt CHF 17.60, wobei die meisten Teilnehmer_innen 80–100 % arbeiten und so im Schnitt ca. CHF 3'000/Monat verdienen. Ein GAV ist nicht anwendbar.⁸⁴⁰ Insbesondere der Geschäftsbereich ProPublic wurde einer Kommission unterbreitet, die untersuchte, ob durch das Programm der erste Arbeitsmarkt konkurrenziert wird. In der Kommission sitzen Vertreter_innen des Kantons, der Gemeinden, der Arbeitgeber_innen und der Arbeitnehmer_innen.⁸⁴¹ Sofern sich ProTravail um öffentliche Aufträge bemüht, sind die Vorgaben des jeweils anwendbaren öffentlichen Beschaffungsrechts zu berücksichtigen, weshalb Arbeitsschutzbestim-

⁸³⁶ COUR DES COMPTES DU CANTON DE VAUD, S. 11.

⁸³⁷ Vgl. COUR DES COMPTES DU CANTON DE VAUD; Interview P6: «On a eu des gens, c'était dix ans qu'ils avaient pas travaillés.»

⁸³⁸ Siehe www.protravail.ch, besucht am 30.04.2021.

⁸³⁹ Interview P6: «Les deux femmes qu'on a c'était des ouvrières, qui étaient robustes, qui avaient pas peur de travailler avec des hommes, et pis qui étaient bien on va dire courageuse quoi (...).»

⁸⁴⁰ Interview P6.

⁸⁴¹ Interview P6.

mungen und örtlich übliche Arbeitsbedingungen einzuhalten sind (vgl. Art. 3 lit. d BöB⁸⁴² resp. Art. 6 Abs. 1 lit. e LMP/VD⁸⁴³).⁸⁴⁴

Das sozialhilferechtliche Unterstützungsverhältnis der Personen, die bei ProTra- 348
vail arbeiten, wird beendet – sie sind also nur noch den Weisungen der Arbeitge-
berin unterstellt und haben keine Auflagen als Sozialhilfeempfänger_innen resp.
Arbeitssuchende zu erfüllen.⁸⁴⁵ Das Arbeitsverhältnis mit ProTravail kann jedoch
mit einer Kündigung aufgelöst werden. Auf die 21 Arbeitsplätze entfallen pro Jahr
zwei bis drei Kündigungen.⁸⁴⁶

Hauptziel ist, eine dauerhafte Arbeit auf dem ersten Arbeitsmarkt zu finden. Daher 349
werden die Teilnehmer_innen auch bei der Arbeitssuche unterstützt, etwa mit Be-
werbungskursen. Diese wurden nach einer Evaluation des Programms durch den
Rechnungshof des Kantons Waadt intensiviert.⁸⁴⁷ Diese Evaluation führte auch
dazu, dass die Programmdauer von 24 Monaten auf zwölf Monate reduziert wur-
de. Die Reduktion der Programmdauer wurde einerseits damit begründet, dass die
Reintegrationsquoten mit der längeren Dauer nicht wesentlich zu steigen schienen,
und andererseits wurde auch ein sogenannter «Lock-in-Effekt» befürchtet. Darunter
versteht man, dass die Bemühungen, eine Arbeit im ersten Arbeitsmarkt zu finden,
abnehmen, sofern das Programm einen «angenehmen» und relativ stabilen Rahmen
bietet; Programmteilnehmer_innen arrangieren sich dauerhaft mit einer Programm-
teilnahme.⁸⁴⁸ Der Programmleiter geht davon aus, dass die Verkürzung der Mass-
nahme dazu geführt hat, dass die Arbeitsbemühungen von Beginn weg intensiver
geführt werden.⁸⁴⁹ ProTravail hat das Ziel, dass 25 % der Teilnehmer_innen nach
einem Jahr eine Arbeit im ersten Arbeitsmarkt finden resp. gefunden haben. Dabei
wird nur eine unbefristete Anstellung als eine gelungene Integration gezählt; der Ab-
bruch der Massnahme bei ProTravail für eine befristete oder temporäre Anstellung

⁸⁴² Per 01.01.2021 trat jedoch das geänderte BöB in Kraft, gem. dessen Art. 10 Abs. 1 lit. e das Gesetz keine Anwendung findet auf Aufträge an Behinderteninstitutionen, Organisationen der Arbeitsintegration, Wohltätigkeitseinrichtungen und Strafanstalten.

⁸⁴³ Loi sur les marchés publics du 24 juin 1996, 726.01.

⁸⁴⁴ Interview P6.

⁸⁴⁵ Interviews P6; K14.

⁸⁴⁶ Interview P6.

⁸⁴⁷ Vgl. COUR DES COMPTES DU CANTON DE VAUD, S. 108; Interview P6.

⁸⁴⁸ Siehe z.B. WUNSCH CONNY, How to minimize lock-in effects of programs for unemployed workers, IZA World of Labor 2016 (288); COUR DES COMPTES DU CANTON DE VAUD, S. 64.

⁸⁴⁹ Interview P6.

wird nicht akzeptiert. Häufig werden Arbeitnehmer_innen von ProTravail an andere Unternehmen zur Probe ausgeliehen, damit die Parteien feststellen können, ob ein dauerhafter Arbeitsvertrag geschlossen werden soll.⁸⁵⁰

E. Zwischenfazit

- 350 In diesen drei Programmen fällt auf, dass die Arbeiten, die auszuführen sind, sehr niederschwellig sind. Das Geschlecht der Teilnehmer_innen spielt offenbar in allen drei Programmen eine Rolle. Bei ProTravail und in den Abklärungsplätzen in Bern werden kaum oder zumindest viel weniger Frauen eingesetzt; bei Sprungbrett gibt es eine klare geschlechtsspezifische Aufgabenteilung. Obwohl die Arbeiten zwischen den drei Programmen vergleichbar sind, sind die Arbeitsbedingungen höchst unterschiedlich ausgestaltet. Dies wirkt sich wiederum auf die Rechtsstellung der Teilnehmer_innen aus: So hat z.B. die Teilnehmer_in am Abklärungsplatz keinen Anspruch auf Lohn bei Krankheit; die Teilnehmer_in bei ProTravail jedoch schon, da der Arbeitsvertrag für mehr als drei Monate abgeschlossen wurde. Auch die verfolgten Ziele variieren stark: Die Abklärungsplätze dienen in erster Linie der Einforderung eines Kooperationswillens und der Disziplinierung, mitunter auch der Sanktionierung bei Nichtteilnahme am Programm. Beim Sprungbrett scheint das Ziel v.a. Beschäftigung zu sein. Dahingegen verfolgt ProTravail entschlossener das Ziel der Integration in den ersten Arbeitsmarkt.

⁸⁵⁰ Interview P6.

VI. Grenzen der Arbeitspflicht in der Gesetzgebung – Verankerung und Definition der Zumutbarkeit einer Arbeit

A. Einleitung und SKOS-RL

Bisher haben wir gesehen, dass der rechtliche Rahmen, in dem Sozialhilfeemp- 351
fänger_innen in sozialhilferechtlichen Beschäftigungsprogrammen arbeiten, von
weitreichenden sanktionsbehafteten Pflichten geprägt ist. In der Gesetzgebung
klingt teilweise an, dass den Pflichten Grenzen gesetzt werden und nur geleis-
tet werden muss, was zumutbar ist. Die Zumutbarkeit begrenzt die Pflicht zur
Selbstverantwortung der Sozialhilfeempfänger_innen in ganz allgemeiner Weise,
was Ausdruck des rechtsstaatlichen Prinzips der Verhältnismässigkeit ist. Nach-
folgend wird untersucht, welche Grenzen die kantonalen gesetzlichen Grundlagen
einer Arbeitsleistung resp. der Pflicht zur Teilnahme an einem Beschäftigungs-
programm setzen.

Die SKOS-RL gehen dann von einer zumutbaren Arbeit aus, wenn sie dem Al- 352
ter, dem Gesundheitszustand und den persönlichen Verhältnissen der bedürftigen
Person angemessen ist. Einer zumutbaren Erwerbstätigkeit gleichgesetzt wird die
Teilnahme an einem Beschäftigungsprogramm, sofern dieses lohnwirksam ist und
dementsprechend der Lebensunterhalt zumindest teilweise gedeckt werden kann.
Auch Arbeit ausserhalb des angestammten Berufs ist zumutbar.⁸⁵¹

Wie sich die Zumutbarkeit von nicht lohnwirksamen Massnahmen zur beruflichen 353
und/oder sozialen Integration beurteilt, halten die SKOS-RL nicht fest.⁸⁵² Seit der
Revision der SKOS-RL per 01.01.2017 wird eine Teilnahme an einem Integrati-
onsprogramm oder die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit bei bestehenden Betreu-
ungspflichten für (eigene) Kinder erwartet, sobald das jüngste Kind einjährig ist.
Vor der Richtlinien-Revision wurde eine Aktivität frühestens nach der Vollendung
des dritten Lebensjahrs des jüngsten Kindes verlangt.⁸⁵³ Davon, dass Alleinerzie-
hende von der Sozialhilfe «subventioniert» würden, kann zumindest auf Basis der

⁸⁵¹ SKOS-RL, A.5.2.

⁸⁵² Vgl. SKOS-RL, A.5.2.

⁸⁵³ So noch: SKOS-RL, 5. Aufl., bis und mit den Ergänzungen 12/14, C.1.3.

SKOS-RL kaum mehr die Rede sein,⁸⁵⁴ zumal auch die Integrationszulage von CHF 200/Monat für Alleinerziehende aus den SKOS-RL entfernt wurde.⁸⁵⁵ Dass sich hier ein «stark wertungsbelastender, von den gesellschaftlichen Rahmenbedingungen abhängiger Zielkonflikt»⁸⁵⁶ zwischen der Entscheidungsfreiheit von Personen mit (alleinigen) Betreuungspflichten und den Pflichten zur beruflichen (Re-)Integration zeigt, bleibt jedoch wahr.⁸⁵⁷

Dieser Konflikt äussert sich auch bei der Festlegung des Betreuungsunterhalts bei einer Scheidung der Eltern von minderjährigen Kindern. Das Bundesgericht rückte in seiner jüngeren Rechtsprechung von der sogenannten 10/16-Regel ab, die besagte, dass dem (vorwiegend) betreuenden Elternteil eine Erwerbsarbeit zu 50 % zumutbar ist, sobald das jüngste Kind 10-jährig ist, und eine 100 %-Erwerbstätigkeit, sobald das jüngste Kind 16-jährig ist. Nunmehr rechtfertigte es sich «mit Blick auf die Praxistauglichkeit (...), die Stufen zu vergrößern und für den Normalfall dem hauptbetreuenden Elternteil ab der (...) obligatorischen Beschulung des jüngsten Kindes eine Erwerbsarbeit von 50 %, ab dessen Eintritt in die Sekundarstufe I eine solche von 80 % und ab dessen Vollendung des 16. Lebensjahres einen Vollzeiterwerb zuzumuten».⁸⁵⁸ Auch hier kann also eine erhöhte Erwartung an das Leisten von Arbeit beobachtet werden.

B. Vielerorts keine Aussagen zur Zumutbarkeit

- 354 Nebst dem SHG/UR enthalten noch 14 weitere kantonale Gesetze und Verordnungen zur Sozialhilfe keine näheren Angaben dazu, was in einem sozialhilferechtlichen Kontext zumutbare Arbeit ist.⁸⁵⁹ Die Kantone Glarus, Graubünden, Schaffhausen und St. Gallen erwähnen dabei den Begriff «Zumutbarkeit» gar nicht oder zumindest nicht im Zusammenhang mit den Mitwirkungs-, Minderungs- oder vorrangigen Selbsthilfepflichten. Der Kanton Appenzell Ausserrhoden definiert ebenfalls nicht,

⁸⁵⁴ So noch: KUTZNER, S. 43; auch bereits NADAI/HAUSS/CANONICA, S. 3, weisen darauf hin, dass Erwerbsbeteiligung unabhängig vom Geschlecht im aktivierenden Sozialstaat zur erwarteten Norm wird. Untersuchungen, wie sich die geänderten SKOS-RL auf die Praxis auswirken, liegen bisher nicht vor.

⁸⁵⁵ So noch: SKOS-RL, 5. Aufl., bis und mit den Ergänzungen 12/14, C.2.2.

⁸⁵⁶ WIZENT, S. 246.

⁸⁵⁷ Vgl. WIZENT, S. 246.

⁸⁵⁸ BGE 144 III 481, E. 4.7.6.

⁸⁵⁹ AG, AI, BL, GL, GR, LU, NW, OW, SG, SH, SO, SZ, TG, ZH.

was zumutbare Arbeit ist. Aber die Teilnahme an einem Beschäftigungs- und Integrationsprogramm wird einer zumutbaren Arbeit⁸⁶⁰ gleichgesetzt.⁸⁶¹

Diese Kantone schränken also gesetzgeberisch die Pflicht zur Annahme einer Arbeit und zur Teilnahme an einem Beschäftigungsprogramm nicht ein. Die Grenze zu ziehen zwischen zumutbarer Selbsthilfe und gesellschaftlicher Solidarität, wird entsprechend der Praxis überlassen. Im Bereich lohnwirksamer Programme können allenfalls die SKOS-RL hinzugezogen werden. 355

C. Seltene Definitionen

Der Kanton Bern und der Kanton Wallis definieren die Zumutbarkeit einer Arbeit im sozialhilferechtlichen Kontext näher. Der Kanton Bern hält fest, eine Arbeit sei zumutbar, wenn sie dem Alter, dem Gesundheitszustand, den persönlichen Verhältnissen und den Fähigkeiten der bedürftigen Person angemessen ist.⁸⁶² In der Verordnung finden sich dann jedoch weitere Bestimmungen in Bezug auf Beschäftigungsprogramme: So seien erwerbslose Sozialhilfeempfänger_innen auch verpflichtet, im Rahmen der Bestimmungen des SHG ausserhalb des erlernten Berufs Erwerbsarbeit zu suchen und anzunehmen.⁸⁶³ Darüber hinaus ist die Teilnahme an einem Beschäftigungsprogramm «grundsätzlich als zumutbar» zu beurteilen, es sei denn, gesundheitliche Gründe oder Betreuungsaufgaben würden die betreffende Person daran hindern.⁸⁶⁴ 356

Der Kanton Wallis hält die Zumutbarkeit einer Arbeit dann für gegeben, wenn sie dem Alter, dem Gesundheitszustand und der persönlichen Situation der Sozialhilfeempfänger_in angemessen ist. Ebenfalls zumutbar sind Arbeiten ausserhalb des ursprünglichen Berufs. Eine Pflicht, eine solche Arbeit anzunehmen, besteht aber nur, wenn damit teilweise oder vollständig der Lebensunterhalt für sich oder für die Familieneinheit bestritten werden kann.⁸⁶⁵ 357

⁸⁶⁰ Das Gesetz des Kantons AR verwendet den Begriff «Tätigkeit» und nicht «Arbeit».

⁸⁶¹ Art. 20 Abs. 2 SHG/AR.

⁸⁶² Art. 28 Abs. 2 lit. c SHG/BE.

⁸⁶³ Art. 8g Abs. 1 SHV/BE.

⁸⁶⁴ Art. 8g Abs. 2 SHV/BE.

⁸⁶⁵ Art. 1 Abs. 4 lit. b ARGES/VS.

D. Differenzierte Betrachtung im Kanton Waadt

- 358 Wie oben erläutert, erfolgt im Kanton Waadt eine unterschiedliche Behandlung von Personen, die als vermittlungsfähig gelten und bei denen mit Integrationsmassnahmen die berufliche Integration angestrebt wird, und von Personen, die nicht vermittlungsfähig sind (siehe N 238). Bei Letzteren steht die soziale Integration im Vordergrund. Mit den unterschiedlichen Pflichten ist auch eine unterschiedliche Regelung der Zumutbarkeit verbunden:
- 359 Bei Vermittlungsfähigen mit dem Ziel «berufliche Integration» gelten gem. Art. 23a LEmp/VD die im AVIG festgeschriebenen Pflichten. Folglich richtet sich die Definition der «zumutbaren Arbeit» nach Art. 16 AVIG resp. nach Art. 64a Abs. 2–4 AVIG. Dementsprechend sind bei einer vorübergehenden Beschäftigung gem. Art. 64a Abs. 1 lit. a AVIG das Alter, die persönlichen Verhältnisse und der Gesundheitszustand relevant (vgl. Art. 16 Abs. 2 lit. c AVIG); bei einem Berufspraktikum nach Art. 64a Abs. 1 lit. b AVIG gilt eine Arbeit zusätzlich auch dann als nicht zumutbar, wenn sie in einem Betrieb auszuführen ist, in dem wegen einer kollektiven Arbeitsstreitigkeit nicht normal gearbeitet wird; wenn der Arbeitsweg mehr als zwei Stunden pro Weg beträgt; wenn eine ständige Abrufbereitschaft gefordert wird; und wenn die Arbeit in einem Betrieb auszuführen ist, der Entlassungen zum Zwecke vorgenommen hat, Neu- oder Wiedereinstellungen zu schlechteren Arbeitsbedingungen vorzunehmen (vgl. Art. 64a Abs. 3 AVIG i.V.m. Art. 16 Abs. 2 lit. c und e–h AVIG). Ein Motivationssemester hat ebenfalls Alter, persönliche Verhältnisse und Gesundheitszustand zu berücksichtigen (Art. 64a Abs. 4 AVIG i.V.m. Art. 16 Abs. 2 lit. c AVIG), verfolgt aber das Ziel, eine Ausbildung zu finden, und nicht – wie die anderen Massnahmen – eine Arbeit im ersten Arbeitsmarkt.⁸⁶⁶
- 360 Eine Arbeit ausserhalb eines Programmes, also eine Arbeit im ersten Arbeitsmarkt, hat alle Voraussetzungen von Art. 16 AVIG zu erfüllen, damit sie der vermittlungsfähigen Sozialhilfeempfänger_in zumutbar ist. Das sind die gem. dem geltenden GAV oder der Branche entsprechenden Arbeitsbedingungen; die bisherigen Tätigkeiten; das Alter, die persönlichen Verhältnisse und die Gesundheit; die Chancen der Wiederbeschäftigung im angestammten Beruf; der Arbeitsweg; die Fragen, ob ständige Abrufbereitschaft besteht, ob die Stelle wegen Entlassungen und der Wieder- resp. Neubeschäftigung zu schlechteren Bedingungen freigeworden ist und ob wegen kollektiver Streitigkeiten nicht normal gearbeitet wird. Nicht relevant sein dürfte hingegen, ob der Lohn 70 % des versicherten Verdienstes entspricht, weil Sozialhilfeempfänger_innen ausserhalb der Anspruchsberechtigung der ALV liegen und ihr Verdienstausfall nicht mehr versichert ist (siehe zum Ganzen auch Kapitel 14).

⁸⁶⁶ RUBIN, N 22 zu Art. 64a AVIG.

Die Massnahmen, die der sozialen Integration dienen, resp. die Massnahmen für die Personen, die (noch) nicht vermittlungsfähig sind, werden durch das Sozialhilfegesetz (LASV/VD) geregelt. Auch diese können eine Arbeitskomponente aufweisen. Dabei wird weder die Zumutbarkeit explizit erwähnt noch ansonsten eine Pflichten-
grenze festgelegt. Jedoch werden diverse Massnahmen detailliert umschrieben.⁸⁶⁷ So besteht beispielsweise eine «*mesure de soutien à la prise d'emploi*» darin, dass während zehn Monaten eine nach dem einschlägigen GAV resp. branchenüblich ent-
löhnte Stelle angeboten wird, die in eine unbefristete Stelle überführt werden soll.⁸⁶⁸

E. Weitere Kantone: Grenzen mit anderen Begriffen umschrieben

Die Kantone Freiburg, Tessin, Neuenburg und Jura, welche alle die Integrations-
pflichten (auch) mit Integrationsvereinbarungen regeln, kennen Begriffe, welche
die Pflicht zur Annahme einer solchen Vereinbarung einschränken.

- Der Kanton Freiburg sieht vor, dass eine solche Vereinbarung abgelehnt werden kann, falls sie nicht den Fähigkeiten und Möglichkeiten der Sozialhilfeempfänger_in entspricht. Die Fähigkeiten und Möglichkeiten werden dabei unter Berücksichtigung der persönlichen, familiären und gesundheitlichen Situation sowie ihres Alters und der Berufsbildung festgelegt.⁸⁶⁹
- In den Kantonen Genf und Tessin kann eine Integrationsvereinbarung beim Vorliegen von guten Gründen abgelehnt werden, ohne dass damit eine Sanktionierung einhergeht.⁸⁷⁰ In Genf soll eine Integrationsmassnahme weiter auf die individuellen Bedürfnisse Rücksicht nehmen und die Situation auf dem Arbeitsmarkt berücksichtigt werden. In Bezug auf den Kanton Tessin ist davon auszugehen, dass die «guten Gründe» analog zu den Voraussetzungen für den Abschluss einer Integrationsvereinbarung geprüft werden. Dazu gehören das Alter, die Berufsbildung sowie gesundheitliche, familiäre und persönliche Gründe, die das Ausüben einer Tätigkeit erheblich beeinträchtigen könnten.⁸⁷¹
- Im Kanton Neuenburg muss eine Integrationsvereinbarung die persönliche und familiäre Situation, die Vorbildung, das Alter und den Gesundheitszustand

⁸⁶⁷ Vgl. Art. 51–53b LASV/VD und Art. 38–40a RLASV/VD.

⁸⁶⁸ Art. 53a i.V.m. Art. 53b LASV/VD.

⁸⁶⁹ Art. 3 Abs. 2 ARSHG/FR.

⁸⁷⁰ Art. 20 LIASI/GE; Art. 42c Abs. 2 LIASI/GE; Art. 9a SHV/TI.

⁸⁷¹ Art. 8 Abs. 2 SHV/TI.

respektieren. Zudem hat eine Vereinbarung – wenn möglich – die Wünsche der Sozialhilfeempfänger_in zu berücksichtigen.⁸⁷²

- Der Kanton Jura hält fest, ein Integrationsprojekt solle die Möglichkeiten der Sozialhilfeempfänger_innen berücksichtigen. Unverhältnismässige Massnahmen sind zu vermeiden.⁸⁷³ Eine Integrationsmassnahme soll nur dann gegen den Willen der betroffenen Person ausgesprochen werden, wenn durch den fehlenden Willen die Erreichung des Ziels (Wiedererlangung der Arbeitsmarktfähigkeit) nicht vereitelt wird.⁸⁷⁴

Schliesslich muss im Kanton Basel-Stadt eine angebotene Beschäftigung angenommen werden, ausser ein wichtiger Grund spricht dagegen,⁸⁷⁵ und der Kanton St. Gallen sieht eine Pflicht zur Annahme einer Arbeit vor, die den Fähigkeiten entspricht.⁸⁷⁶

F. Ziele der Programme

1. Allgemeines und SKOS-RL

- 363 Eine Auflage oder Weisung an eine Sozialhilfeempfänger_in ist funktions- und sachgerecht zu begründen. Das heisst, es dürfen keine nicht von der Zielsetzung der Sozialhilfe abgedeckten Zwecke mit einer Weisung verfolgt werden.⁸⁷⁷ Weisungen haben also ein durch die Sozialhilfe als letztes soziales Netz abgedecktes, öffentliches Interesse zu verfolgen und daher auf die Beseitigung oder zumindest auf die Verminderung des Ausmasses der Notlage resp. Bedürftigkeit abzu zielen.⁸⁷⁸ Sie können daneben aber auch weitere Zwecke der Sozialhilfe verfolgen, nämlich eben gerade auf die soziale und berufliche Integration, welche vom Umfang der Leistungen ebenfalls abgedeckt werden soll,⁸⁷⁹ und mittelbar auf die Verminderung der Bedürftigkeit abzielen. Welches Ziel resp. welches öffentliche Interesse ein Einsatz in einem Beschäftigungsprogramm verfolgt, ist im Sinne der

⁸⁷² Art. 11 Abs. 2 RLASoc/NE.

⁸⁷³ Art. 19 LASoc/JU.

⁸⁷⁴ Art. 16 OASoc/JU.

⁸⁷⁵ § 14 Abs. 3 SHG/BS.

⁸⁷⁶ Art. 12 Abs. 1 SHG/SG.

⁸⁷⁷ Siehe dazu auch die Praxishilfe H.12 in den SKOS-RL.

⁸⁷⁸ Siehe hierzu insbesondere: BGE 131 I 166; zu den diesbezüglichen Unzulänglichkeiten der Asylsozialhilfe: WIZENT, S. 247.

⁸⁷⁹ Vgl. HÄNZI, S. 90 zu den im Vergleich zu Art. 12 BV weitergehenden Pflichten der Leistungsempfänger_innen.

Zumutbarkeitsabwägung relevant. Denn bei der Zumutbarkeit ist zu untersuchen, ob eine günstige Zweck-Mittel-Relation zwischen einer Massnahme und dem verfolgten Ziel unter besonderer Berücksichtigung der betroffenen, individuellen Interessen gegeben ist. Aus diesem Grund interessiert auch, welche Ziele konkret mit einem Einsatz in einem Beschäftigungsprogramm verfolgt werden.

Die SKOS-RL machen die Notwendigkeit von Integrationsmassnahmen daran fest, dass aufgrund geänderter gesellschaftlicher Rahmenbedingungen eine rasche und dauerhafte (Re-)Integration in den Arbeitsmarkt kaum möglich sei. Durch Integrationsmassnahmen werde einerseits dem drohenden sozialen Bruch entgegengewirkt und somit ein Beitrag zu einer Existenzsicherung, die soziale Teilhabe bietet, geleistet. Andererseits könnten auch weitere soziale Kosten, verursacht etwa durch Kriminalität, psychische Krankheiten, chronische finanzielle Abhängigkeit etc., verhindert oder eingedämmt werden.⁸⁸⁰ Das Ziel ist also berufliche und soziale Integration. Soziale Integration will das Selbstbewusstsein stärken und eine Tagesstruktur vermitteln. Im Sinne der Ressourceneffizienz sei auf den Stärken der Sozialhilfeempfänger_in aufzubauen und qualifiziertes Fachpersonal für die Durchführung und Planung notwendig.⁸⁸¹ Die Qualität der Massnahme misst sich an ihrer Wirkung, «d.h. am Nutzen, welchen sie für die teilnehmende Person einerseits und für die Allgemeinheit andererseits mit sich bringt».⁸⁸² Daher sei die Wirksamkeit angebotener Massnahmen zur sozialen und beruflichen Integration periodisch wissenschaftlich zu überprüfen.⁸⁸³

2. Kantonale Gesetzgebung

Die Gesetzgebung der Kantone äussert sich nur sporadisch explizit zu den Zielen der Beschäftigungsprogramme. Der Kanton Uri, der durch knappe gesetzliche Regelungen auffällt, kennt dazu keine gesetzlichen Vorgaben. Der Kanton Bern und weitere Kantone nennen die berufliche und soziale Integration zumindest in enger Verbindung mit den Beschäftigungsprogrammen.⁸⁸⁴

⁸⁸⁰ SKOS-RL, D.1.

⁸⁸¹ SKOS-RL, D.2.

⁸⁸² SKOS-RL, D.3.

⁸⁸³ SKOS-RL, D.4.

⁸⁸⁴ Art. 35 Abs. 1 SHG/BE; Art. 17 SHG/AR; § 13 SHG/BS; § 15^{bis} SHG/ZG; § 3a Abs. 1 SHG/ZH.

- 366 Der Kanton Waadt umschreibt das Ziel der Massnahmen zur sozialen Integration mit der Verhinderung von Ausgrenzung resp. dem Begünstigen der Eingliederung.⁸⁸⁵ In den weiteren lateinischen Kantonen werden die Ziele, die mit einer Integrationsvereinbarung verfolgt werden, unterschiedlich festgelegt. Unter anderem sollen die Massnahmen die Menschenwürde sichern,⁸⁸⁶ die soziale⁸⁸⁷ oder die berufliche Integration fördern⁸⁸⁸ oder die wirtschaftliche Selbständigkeit begünstigen.⁸⁸⁹
- 367 Die Wiederherstellung der Autonomie oder Selbständigkeit wird mehrmals als Ziel oder Zweck der Programme genannt.⁸⁹⁰ Auch die Förderung der Arbeitsmarktfähigkeit,⁸⁹¹ die Verbesserung der beruflichen Bildung⁸⁹² oder die Entwicklung von Sozialkompetenzen und das Ermöglichen sozialer Kontakte gehören zu den Zielen der Programme.⁸⁹³ Allgemein fällt auf, dass viele schwer messbare Ziele verfolgt werden, z.B. im Kanton Freiburg sollen die Beziehungs- und die Anpassungsfähigkeit gestärkt werden.⁸⁹⁴
- 368 Im Kanton St. Gallen erfolgt eine Steuerung des Angebots und der Ausrichtung der Beschäftigungsprogramme über die Bestimmungen zur Beitragsfinanzierung. Gemäss diesen ist ein Programmanbieter dann beitragsberechtigt, wenn das Programm der Wiedereingliederung durch Umschulung, Weiterbildung und Beschäftigung dient.⁸⁹⁵
- 369 Erwähnenswert ist die Bestimmung des Kantons Basel-Landschaft, wo die Ziele im Gesetz in Bezug auf verschiedene Massnahmen festgehalten sind.⁸⁹⁶ Hervorzuheben

⁸⁸⁵ Art. 48 Abs. 1 LASV/VD.

⁸⁸⁶ Art. 15 lit. a LIASI/GE.

⁸⁸⁷ Art. 15 lit. b LIASI/GE; Art. 2 ARSHG/FR; Art. 15 Abs. 1 LASoc/JU; Art. 31b lit. e SHG/TI; Art. 47 Abs. 1 lit. a LASV/VD; Art. 11 Abs. 1 SHG/VS.

⁸⁸⁸ Art. 15 lit. c LIASI/GE; Art. 15 Abs. 1 LASoc/JU; Art. 53 Abs. 1 LASoc/NE; Art. 31b lit. d SHG/TI; Art. 47 Abs. 1 lit. c–e LASV/VD; Art. 11 Abs. 1 SHG/VS. Wobei JU und NE v.a. betonen, die Arbeitsfähigkeit wieder zu erlangen, sei das Ziel der Massnahmen; VD nennt die Wiedererlangung der Vermittlungsfähigkeit als Ziel.

⁸⁸⁹ Art. 15 lit. d LIASI/GE; Art. 47 Abs. 1 lit. b LASV/VD; Art. 11 Abs. 2 SHG/VS.

⁸⁹⁰ § 25 SPG/AG; Art. 15 LASoc/JU; Art. 55 Abs. 1 lit. d LASoc/NE; Art. 11 Abs. 6 SHG/VS.

⁸⁹¹ § 16 SHG/BL; Art. 15 LASoc/JU.

⁸⁹² Art. 55 lit. c LASoc/NE.

⁸⁹³ Art. 2 ARSHG/FR.

⁸⁹⁴ Art. 2 Abs. 1 lit. a ARSHG/FR.

⁸⁹⁵ Art. 4 Abs. 1 lit. a Grossratsbeschluss vom 14. Januar 1999 über Staatsbeiträge an arbeitsmarktlche Projekte der Sozialhilfe, 361.12.

⁸⁹⁶ Ähnlich: Art. 42A ff. LIASI/GE.

sind dabei die Beschäftigungen nach § 19 SHG/BL, die helfen sollen, die geordnete Alltagsbewältigung zu fördern oder zu erhalten,⁸⁹⁷ die aber «insbesondere zugunsten der Allgemeinheit und gemeinnütziger Institutionen erfolgen» können.⁸⁹⁸ Auch im Kanton Freiburg sollen die Massnahmen für die Gesellschaft nützlich sein.⁸⁹⁹

Letzteres führt zur Frage, ob dieses Ziel überhaupt durch den Zweck und die dahinterstehenden öffentlichen Interessen, die der Sozialhilfe zugrunde liegen, gedeckt ist. In erster Linie sollten Massnahmen der Sozialhilfe den Sozialhilfeempfänger_innen insofern zugutekommen, als diese ihre Notsituation überwinden und ihre Eigenständigkeit wiedererlangen können, und nicht, dass sie (Arbeits-)Leistungen zugunsten der Allgemeinheit und gemeinnütziger Institutionen erbringen. Dies hängt wiederum mit der Frage zusammen, inwiefern die Sozialhilfe an Gegenleistungen der Sozialhilfeempfänger_innen geknüpft werden kann (siehe bereits N 240 ff.). 370

G. Zwischenfazit

Zusammenfassend sind folgende Kriterien zur Bestimmung der Zumutbarkeit einer Teilnahme an einem Beschäftigungsprogramm in den kantonalen gesetzlichen Grundlagen enthalten: 371

Tabelle 3: Zumutbare Arbeit in den kantonalen Rechtsgrundlagen (eigene Recherche)

Kriterium	Erwähnt	Nicht erheblich
Alter	BE, FR, NE, TI, VD, VS, SKOS-RL ⁹⁰⁰	BE (im Beschäftigungsprogramm) ⁹⁰¹
Gesundheit	BE, FR, NE, TI, VD, VS, SKOS-RL ⁹⁰²	

⁸⁹⁷ § 19 Abs. 1 SHG/BL.

⁸⁹⁸ § 19 Abs. 3 SHG/BS.

⁸⁹⁹ Art. 2 Abs. 2 lit. f ARSHG/FR.

⁹⁰⁰ Art. 28 Abs. 2 lit. c SHG/BE; Art. 3 Abs. 2 ARSGH/FR; Art. 11 Abs. 2 RLASoc/NE; Art. 8 Abs. 2 SHV/TI; Art. 23a LEmp/VD i.V.m. Art. 64a Abs. 1 lit. a AVIG; Art. 1 Abs. 4 lit. b ARGES/VS; SKOS-RL, A.5.2.

⁹⁰¹ Art. 8g SHV/BE.

⁹⁰² Art. 28 Abs. 2 lit. c SHG/BE; Art. 3 Abs. 2 ARSGH/FR; Art. 11 Abs. 2 RLASoc/NE; Art. 8 Abs. 2 SHV/TI; Art. 23a LEmp/VD i.V.m. Art. 64a Abs. 1 lit. a AVIG; Art. 1 Abs. 4 lit. b ARGES/VS; SKOS-RL, A.5.2.

Kriterium	Erwähnt	Nicht erheblich
Persönliche Situation (inkl. familiärer Situation)	BE, FR, JU, NE, TI, VD, VS, SKOS-RL ⁹⁰³	BE (im Beschäftigungs- programm nur Betreuungsaufgaben) ⁹⁰⁴
Vorheriger Beruf		BE, VS, SKOS ⁹⁰⁵
Fähigkeiten/ Möglichkeiten	BE, FR, JU, SG ⁹⁰⁶	BE (im Beschäftigungs- programm) ⁹⁰⁷
(Aus-)Bildung/Erfahrung	FR, JU, TI ⁹⁰⁸	
Einkommenserwerb	VS, SKOS-RL ⁹⁰⁹	
Wünsche	JU, NE ⁹¹⁰	
Abrufbereitschaft	VD (Praktika)	
Arbeitsweg	VD (Praktika)	
Normale Arbeit?	VD (Praktika)	
Neueinstellung zu schlechten Bedingungen?	VD (Praktika) ⁹¹¹	
Reintegrationschancen/ Arbeitsmarktfähigkeit	BL (in gewissen Programmen), JU (in Beschäftigungsprogrammen) ⁹¹²	
Wichtige Gründe	BS, GE, TI ⁹¹³	

⁹⁰³ Art. 28 Abs. 2 lit. c SHG/BE; Art. 3 Abs. 2 ARSGH/FR; Art. 25 Abs. 1 OASoc/JU; Art. 11 Abs. 2 RLASoc/NE; Art. 8 Abs. 2 SHV/TI; Art. 23a LEmp/VD i.V.m. Art. 64a Abs. 1 lit. a AVIG; Art. 1 Abs. 4 lit. b ARGES/VS; SKOS-RL, A.5.2.

⁹⁰⁴ Art. 8g SHV/BE.

⁹⁰⁵ Art. 8g SHV/BE; Art. 1 Abs. 4 lit. b ARGES/VS; SKOS-RL, A.5.2.

⁹⁰⁶ Art. 28 Abs. 2 lit. c SHG/BE; Art. 3 Abs. 2 ARSGH/FR; Art. 19 LASoc/JU; Art. 12 Abs. 1 SHG/SG.

⁹⁰⁷ Art. 8g SHV/BE.

⁹⁰⁸ Art. 3 Abs. 2 ARSGH/FR; Art. 25 Abs. 1 OASoc/JU; Art. 8 Abs. 2 SHV/TI.

⁹⁰⁹ Art. 1 Abs. 4 lit. b ARGES/VS; SKOS-RL, A.5.2.

⁹¹⁰ Art. 25 Abs. 1 OASoc/JU; Art. 11 Abs. 3 RLASoc/NE.

⁹¹¹ Art. 23a LEmp/VD i.V.m. Art. 64a Abs. 2 AVIG (auch bezüglich Abrufbereitschaft, Arbeitsweg, normaler Arbeit).

⁹¹² § 16 Abs. 1 SHG/BL; Art. 19 OASoc/JU; Art. 16 OASoc/JU.

⁹¹³ § 14 Abs. 3 SHG/BS; Art. 20 LIASI/GE; Art. 9a Abs. 1 lit. g SHV/TI.

Die Tabelle ist insofern unvollständig, als die Bestimmungen des Kantons Waadt 372 darin nicht komplett dargestellt sind. Es fehlen die Elemente, die eine zumutbare Arbeit ausserhalb eines Beschäftigungsprogramms definieren. Diesbezüglich wird auf Art. 16 Abs. 2 AVIG verwiesen.

Trotz der grossen Relevanz des Begriffs der zumutbaren Arbeit resp. der Zumut- 373 barkeit im sozialhilferechtlichen Kontext verzichten viele Kantone darauf, den Begriff weiter zu definieren. Sie weisen oftmals mit einem anderen unbestimmten Begriff (z.B. «wichtige Gründe») auf vorhandene Grenzen hin, ohne diese jedoch näher zu umschreiben. Die Aufgabe der Interessenabwägung wird somit der Rechtsanwendung übertragen.

Besonders kanalisiert wird der Beurteilungsspielraum der Behörden zur Beurtei- 374 lung einer Arbeit als zumutbar im Kanton Waadt, wo ein ausdifferenziertes System nicht nur die Zumutbarkeit einer Arbeit, sondern auch sonstige Rechte und Pflichten der Sozialhilfeempfänger_innen regelt.

Im Kanton Bern wird andererseits bereits von der Gesetzgeberin die Abwägung 375 vorgenommen, was eine zumutbare Arbeit in einem Beschäftigungsprogramm ist, und somit auch, wie die Grenze zwischen Eigenverantwortung und Solidarität zu verlaufen hat. Nur bei gesundheitlichen Hinderungsgründen oder Betreuungsaufgaben ist eine Arbeit in einem Programm nicht zumutbar.

Die gesetzliche Verankerung und die Verwendung des Begriffs in gesetzessys- 376 tematischer Hinsicht entspricht also grundsätzlich demjenigen in den Sozialversicherungen: Entweder wird der Begriff gar nicht näher umschrieben, der Begriff wird kasuistisch umschrieben und somit der Ermessensspielraum kanalisiert oder aber die Abwägung wird direkt durch den Gesetzgeber vorgenommen.⁹¹⁴

Im Querschnitt sind vor allem die Kriterien Alter, Gesundheit und persönliche Si- 377 tuation mehrfach vertreten und scheinen somit als besonders relevant betrachtet zu werden. Hingegen sind die Fähigkeiten und Möglichkeiten der Sozialhilfeempfänger_innen in den Augen der Gesetzgeber_innen wohl weniger wichtige Kriterien, um darüber zu entscheiden, ob etwas den Sozialhilfeempfänger_innen zumutbar ist oder nicht. Subjektive Gründe wie die Wünsche sind kaum vertreten; ebenso wenig weitere objektive Kriterien wie die Arbeitsbedingungen.

⁹¹⁴ Vgl. bereits N 120 zur gesetzessystematischen Verwendung des Begriffs in den Sozialversicherungen; GÄCHTER, Zumutbarkeit, S. 234.

VII. Zumutbare Arbeit in der sozialhilferechtlichen Rechtsprechung

A. Einleitung

- 378 Wie dargestellt sind die kantonalen sozialhilferechtlichen Normen, welche die Pflicht, an einem Beschäftigungsprogramm teilzunehmen, und die Folgen einer (Nicht-)Teilnahme regeln, äusserst divers. Insbesondere besteht in der Gesetzgebung keine Einigkeit darüber, welche Kriterien für die Beurteilung eines solchen Programms als zumutbar hinzuzuziehen sind.
- 379 Daher wird in einem nächsten Schritt untersucht, wie sich die Rechtsprechung zu dieser Frage der «Zumutbarkeit» einer Arbeit äussert. Die (wenigen) Urteile des Bundesgerichts, die Aussagen zur Zumutbarkeit einer Arbeit in einem sozialhilferechtlichen Beschäftigungsprogramm beinhalten, werden ausführlicher dargestellt. Die (umfangreiche) kantonale Rechtsprechung wird an dieser Stelle in Bezug auf allgemeine Kriterien relativ umfassend, jedoch ohne Anspruch auf Vollständigkeit, dargestellt. Insbesondere Urteile, in denen grund- und menschenrechtliche Aspekte diskutiert werden, werden vornehmlich in Teil II behandelt.

B. Rechtsprechung des Bundesgerichts

1. «Grundsätzlich zumutbar»

- 380 Das Bundesgericht hat bisher noch nie eine Arbeit in einem sozialhilferechtlichen Beschäftigungsprogramm für unzumutbar erklärt. Vielmehr gilt, dass ein Beschäftigungsprogramm oder eine Integrationsmassnahme «grundsätzlich als zumutbare Arbeit anzusehen» ist und die Ausrichtung der Sozialhilfe mit der Auflage verbunden werden darf, an einem solchen Programm teilzunehmen.⁹¹⁵ Insbesondere die folgenden Faktoren ändern nichts an der Zumutbarkeit eines Einsatzes in einem Arbeitsintegrationsprogramm:

⁹¹⁵ BGE 130 I 71, E. 5.4.

Eine Unterforderung der Sozialhilfeempfänger_innen bei der zur Verfügung gestellten Arbeit ist «praxisgemäss» hinzunehmen.⁹¹⁶ Demzufolge wird vorliegend bezweifelt, dass das Bundesgericht – wie von SCHALLER SCHENK geschrieben – die individuelle Zumutbarkeit besonders in Bezug auf die Fähigkeiten und Fertigkeiten tatsächlich in jedem Einzelfall prüft.⁹¹⁷ Ein Programmplatz muss auch angetreten werden, wenn er ausserhalb des ursprünglichen Berufes der Sozialhilfeempfänger_in liegt und nicht den Fähigkeiten der Sozialhilfeempfänger_in entspricht. So hatte ein psychologischer Paartherapeut eine befristete Stelle als Hilfsarbeiter bei einer Seilbahnunternehmung anzunehmen. Daran änderte auch die vom Beschwerdeführer verständlicherweise befürchtete Unterforderung nichts.⁹¹⁸ Der «Berner Dekorateur» hatte eine Arbeit als «Mitarbeiter Reinigung mit Fahrerfunktion» in einem Programm, das die Reinigung städtischer Parkanlagen besorgte, anzunehmen, obwohl dies nicht seiner Ausbildung als Innendekorateur entsprach.⁹¹⁹ Eine kaufmännisch und therapeutisch ausgebildete Mutter hatte eine Stelle als Hilfsarbeiterin in einer Kantine anzunehmen.⁹²⁰

Ebenfalls akzeptiert werden muss ein Einsatz mit einem unklaren Aufgabenbereich.⁹²¹

Auch nicht entlohnte Programme sind zumutbar. Die fehlende Entgeltlichkeit führt dazu, dass das Subsidiaritätsprinzip nicht zur Anwendung kommen kann.⁹²² Dementsprechend sind die Folgen der Nichtteilnahme auf der Pflichtenebene des kantonalen Sozialhilfegesetzes und nicht der Anspruchsebene von Art. 12 BV zu klären, was heisst, dass (mindestens) die Leistungen nach Art. 12 BV weiter auszurichten sind.

⁹¹⁶ BGE 139 I 218, E. 4.4; BGE 130 I 71, E. 5.3; Urteil BGer 8C_415/2013 v. 23.01.2014, E. 4.1; Urteil BGer 2P.275/2003 v. 06.11.2003, E. 5.2.

⁹¹⁷ SCHALLER SCHENK, S. 122.

⁹¹⁸ Urteil BGer 8C_156/2007 v. 11.04.2008, E. 6.5.

⁹¹⁹ Urteil BGer 2P.147/2002 v. 04.03.2003, E. 3.5.2.

⁹²⁰ Urteil BGer 2P.275/2003 v. 06.11.2003, E. 5.2.

⁹²¹ BGE 130 I 71, E. 3.

⁹²² BGE 142 I 1, E. 7.2.3.

- 384 In *lohnmassiger Hinsicht* sind konsequenterweise der Rechtsprechung keine Schranken zu entnehmen. Zumutbar ist:
- eine Entschädigung von CHF 1'650 für eine 50 %-Tätigkeit;⁹²³
 - eine Tätigkeit in einer Sozialfirma, die bei einer 50 %-Arbeitsstätigkeit ein Einkommen von (minimal) CHF 500 garantiert;⁹²⁴
 - ein (gerade) existenzsicherndes Einkommen von CHF 2'600 bei einem Beschäftigungsgrad von 100 %;⁹²⁵
 - ein Einkommen in der Höhe der Nothilfe gem. Art. 12 BV;⁹²⁶
 - ein Einkommen von CHF 3'365 bei einer 70 %-Tätigkeit als Kantinen- und Reinigungskraft für eine zweifache Mutter.⁹²⁷
- 385 In all diesen Fällen wird die Anrechnung dieses (nicht erzielten) Einkommens an das Unterstützungsbudget gerichtlich in Anwendung des Subsidiaritätsprinzips akzeptiert, was zur (Teil-)Einstellung der Sozial- und Nothilfe im Umfang des zu erzielenden Einkommens führt, da in diesem Umfang die Bedürftigkeit nicht (mehr) bestehe. Dabei ist es gem. dem Bundesgericht unerheblich, dass der «Lohn» nicht etwa vom Einsatzbetrieb, sondern vom Sozialdienst als Geldleistung in der Höhe der Nothilfe «pro rata für jeden erfüllten Arbeitstag im Programm» gewährt wird und so ein «Minusgeschäft» für die Gemeinde darstellt. Es handle sich bei dieser Geldleistung rechtsprechungsgemäss um ein Entgelt, dass i.S. der Subsidiarität berücksichtigt werden könne, selbst wenn die Gemeinde nicht i.S. einer Zahlstelle ein Entgelt des Einsatzbetriebes an die Sozialhilfeempfänger_in weiterleite.⁹²⁸
- 386 Weiter zog es das BGer in Betracht, dass eine Weisung zur Teilnahme an einem (nicht entlöhnten) Beschäftigungsprogramm mit einer Strafandrohung nach Art. 292 StGB verbunden werden könne.⁹²⁹ Eine Arbeit unter Strafandrohung ist also dementsprechend gem. dem Bundesgericht zumutbar.

⁹²³ Urteil BGer 8C_156/2007 v. 11.04.2008, E. 2.

⁹²⁴ Urteil BGer 8C_546/2015 v. 22.12.2015, E. 2.2.

⁹²⁵ BGE 139 I 218, E. 4.1.

⁹²⁶ BGE 142 I 1, E. 7.2.6; bestätigt in Urteil BGer 8C_451/2019 v. 19.08.2019, E. 4.3.

⁹²⁷ Urteil BGer 2P.275/2003 v. 06.11.2003, E. 2.

⁹²⁸ Urteil BGer 8C_451/2019 v. 19.08.2019, E. 4.3.1.

⁹²⁹ BGE 142 I 1, E. 7.2.5; siehe auch: N 316.

2. «Gerichtsnotorisch» wirksam

In das Bild der «grundsätzlichen Zumutbarkeit» einer Arbeit in einem sozialhilfe- 387 rechtlichen Beschäftigungsprogramm fügt sich auch die Annahme des Bundesgerichts ein, dass eine Teilnahme an einem Programm grundsätzlich geeignet sei, die Lage der Sozialhilfeempfänger_innen zu verbessern. So hielt das BGer in BGE 130 I 71, E. 5.4, fest:

«Das auf einen Artikel von KURT WEISS (sic! {...}) gestützte Argument des Beschwerdeführers, die Integrationswirkung von – angeblich nachgewiesenermassen stigmatisierend wirkenden – Beschäftigungsprogrammen sei unbelegt bzw. zumindest umstritten, vermag nichts daran zu ändern, dass das Obergericht ohne Willkür die Verpflichtung zur Teilnahme an Integrations- und Beschäftigungsprogrammen grundsätzlich als zumutbare Massnahme im Sinne von Art. 24 SHG/SH betrachten durfte, die geeignet ist, die Lage des Beschwerdeführers zu verbessern. *Dies kann im Übrigen als gerichtsnotorisch bezeichnet werden.*»⁹³⁰

Das Bundesgericht fügte danach Quellen an, um diese Aussage zu belegen. Allerdings fällt bei der Lektüre dieser Quellen auf, dass es sich dabei nicht etwa um Evaluationen von Programmen handelt – welche jedoch auch i.S. der SKOS-RL die Grundlage einer Wirksamkeitsprüfung der Programme bilden sollten –, sondern um vier Aufsätze im Sozialalmanach der Caritas von 1999. Diese sind alle (äusserst) kritisch in Bezug auf die – dannzumal – neu eingeführten Beschäftigungsprogramme und deren Integrationswirkung. SCHUPPISSER, der vom BGer zitiert wird, weist etwa auf die Gefahr hin, dass die Verwaltung auf Arbeiter_innen in Beschäftigungsprogrammen zurückgreife zur Erledigung von staatlichen Aufgaben und dadurch eine dauerhafte Zweiklassengesellschaft unter den Beschäftigten entstehe.⁹³¹ TECKLENBURG erwähnt explizit, dass klare und systematische Erkenntnisse über die Integrationswirkung der neuen Modelle, etwa aufgrund von Evaluationsstudien, weitgehend fehlten.⁹³² Dem fügt BAUR an, die Prognose der Integrationschancen sei gar nicht verlässlich möglich.⁹³³ RUDER hält fest, dass

⁹³⁰ Hervorhebung MSt.

⁹³¹ SCHUPPISSER HANS RUDOLF, Existenzsicherung durch Erwerbsarbeit, in: Caritas (Hrsg.), Existenzsicherung in der Schweiz. Sozialalmanach 1999, Luzern 1999, S. 65–74, S. 70.

⁹³² TECKLENBURG, S. 131.

⁹³³ BAUR RITA, Existenzsicherung zwischen erstem und zweitem Arbeitsmarkt, in: Caritas (Hrsg.), Existenzsicherung in der Schweiz. Sozialalmanach 1999, Luzern 1999, S. 53–63, S. 60.

die geeignete Massnahme nur in Berücksichtigung der persönlichen Situation der Betroffenen und gemeinsam mit diesen festgelegt werden könne. Professionelle Abklärung, Begleitung und Evaluationen der Programme seien unumgänglich.⁹³⁴

- 388 Es ist nicht ersichtlich, wie das Bundesgericht gestützt auf diese Quellen zum oben genannten Schluss gelangen konnte. Zudem sind in der Zwischenzeit weitere Untersuchungen erfolgt, welche die Position des Bundesgerichts grundsätzlich in Frage stellen.⁹³⁵ So kommt eine Studie von AEPPLI/RAGNI zum Schluss, dass die Massnahmen keine empirisch nachweisbare Wirkung hätten. «Bestenfalls» seien die Programme wirkungslos.⁹³⁶ Die aktivierende Sozialhilfe vermöge es bisher nicht, die Chancen der Teilnehmer_innen an Arbeitsprogrammen auf eine nicht-prekäre Anstellung positiv zu beeinflussen.⁹³⁷ Jüngere Untersuchungen von Programmen im Kanton Bern zeigen hingegen, dass Programmteilnehmer_innen der sozialen und beruflichen Integration um 12 bzw. 13,3 % bessere Perspektiven auf Ablösung von der Sozialhilfe haben als Sozialhilfempfänger_innen, die an keinem Programm teilnehmen. Zudem wirke sich eine Programmteilnahme positiv auf das subjektive Gesundheitsempfinden aus.⁹³⁸
- 389 Auch bereits eine frühere Beschwerde hat das BGer mit dem Hinweis abgewiesen, es bestehe eine «gewisse Wahrscheinlichkeit dafür, dass der Beschwerdeführer sich nach Mitwirkung an einem solchen Projekt mit eher grösseren Erfolgsaussichten auf dem Arbeitsmarkt bewerben könnte».⁹³⁹ Warum er sich dagegen wehre, sei unverständlich⁹⁴⁰ und dies führe zur Abweisung der «an Mutwilligkeit grenzenden Beschwerde».⁹⁴¹

⁹³⁴ RUDER ROSMARIE, Existenzsicherung durch Sozialhilfe? Die Bedeutung der SKOS-Richtlinien, in: Caritas (Hrsg.), Existenzsicherung in der Schweiz. Sozialalmanach 1999, Luzern 1999, S. 117–130, S. 123.

⁹³⁵ So auch: HOBI, N 30.

⁹³⁶ AEPPLI/RAGNI, S. 102.

⁹³⁷ AEPPLI/RAGNI, S. 102.

⁹³⁸ FRISTSCHI TOBIAS/NEUENSCHWANDER PETER/WETZ SAMUEL, Nachhaltige Wirkungen der Integrationsprogramme, ZESO 4/2019, S. 24 f.

⁹³⁹ Urteil BGer 2P.7/2003 v. 14.01.2003, E. 2.3.

⁹⁴⁰ Urteil BGer 2P.7/2003 v. 14.01.2003, E. 2.3.

⁹⁴¹ Urteil BGer 2P.7/2003 v. 14.01.2003, E. 2.4.

3. Rechtsgleichheit vor Individualität

Das Urteil BGer 8C_415/2013 v. 23.01.2014 zeigt exemplarisch das Spannungsfeld zwischen dem Gebot der rechtsgleichen Behandlung und dem Grundsatz der Individualisierung bei der Auswahl von Beschäftigungsprogrammen auf. Demnach verstösst es «nicht gegen Bundesrecht, wenn das kantonale Gericht die Auswahl des konkreten Programmes in das pflichtgemäss auszuübende Ermessen der Verwaltung stellt. Das Bestreben, möglichst alle um Sozialhilfe ersuchenden Personen bezüglich der ersten Massnahme zur Wiedereingliederung in das Erwerbsleben als Grundlage für eine geeignete Anschlusslösung gleich zu behandeln, ist dabei ein Gesichtspunkt, der ohne weiteres in die Ausübung des Ermessens einfließen darf.»⁹⁴² So musste der Beschwerdeführer an der Basisbeschäftigung (Programm zur Abklärung), die in der Stadt Zürich für alle Sozialhilfeempfänger_innen vorgesehen ist,⁹⁴³ teilnehmen und konnte nicht – wie von ihm gewünscht – direkt eine qualifizierende Massnahme antreten.

Es kann gefragt werden, ob mit dieser bundesgerichtlichen Betrachtung nicht im Gegenteil das Gebot der rechtsgleichen Behandlung, wonach «Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich und Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich»⁹⁴⁴ zu behandeln ist, verletzt wird. Denn Sozialhilfeempfänger_innen sind eine heterogen zusammengesetzte Gruppe.⁹⁴⁵ Mit dieser Argumentation des BGer werden aber ihre individuellen Fähigkeiten und die unterschiedlichen Ursachen der Notlage, die es zu bekämpfen gilt, verneint. Um eine rechtsgleiche Behandlung zu gewähren, wäre diesen Unterschieden Rechnung zu tragen und die individuellen Umstände zu berücksichtigen.

⁹⁴² Urteil BGer 8C_415/2013 v. 23.01.2014, E. 4.2.

⁹⁴³ Die 4-wöchige «Basisbeschäftigung» gilt als Voraussetzung für den Erhalt von wirtschaftlicher Hilfe in der Stadt Zürich. Die Stadt Winterthur kennt unter dem Namen «Passage» dasselbe Modell, vgl. unter den zahlreichen Entscheidungen des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich dazu: VGer ZH, Urteil VB.2016.00434 v. 01.11.2016 (Teilzeiterwerbstätigkeit und Vereinbarkeit mit Basisbeschäftigung).

⁹⁴⁴ Statt vieler: HÄFELIN ET AL., N 752.

⁹⁴⁵ Siehe oben N 67.

4. Grenzen der Zumutbarkeit

a) *Allgemeine Kriterien*

- 392 Bei der Bestimmung von Grenzen der Zumutbarkeit stützt sich das Bundesgericht auf die in den kantonalen Gesetzen enthaltenen Definitionen über die zumutbare Arbeit in Beschäftigungsprogrammen. In Bezug auf die bernische Regelung in Art. 8g SHV/BE hielt das Bundesgericht fest, es sei nicht zu beanstanden, wenn die Zumutbarkeit einer Teilnahme an einem Beschäftigungsprogramm (in casu: Testarbeitsplatz im Kanton Bern) an der kantonalen Norm und nicht an Art. 16 AVIG gemessen werde. Entsprechend ist eine Arbeit zumutbar, ausser es sprechen gesundheitliche Gründe oder Betreuungsaufgaben dagegen. Da dies im zu beurteilenden Fall nicht gegeben war, führte das Ablehnen des Testarbeitsplatzes zum Verlust der Anspruchsberechtigung.⁹⁴⁶
- 393 In anderen Urteilen – in welchen keine kantonale Norm zur Zumutbarkeit vorliegt – zieht das Bundesgericht jedoch Art. 16 AVIG «hilfsweise» zur Bestimmung der Zumutbarkeit einer Arbeit heran.⁹⁴⁷ Danach muss eine Arbeit u.a. den berufs- und ortsüblichen Bedingungen entsprechen, angemessen Rücksicht auf die Fähigkeiten und bisherigen Tätigkeiten der unterstützten Person nehmen und ihren persönlichen Verhältnissen und dem Gesundheitszustand angemessen sein. Wie die obige Analyse zeigt, weicht das Bundesgericht – ohne dies explizit zu benennen – von diesen Kriterien ab.⁹⁴⁸ So werden die Fähigkeiten und der vor- malige Beruf nicht berücksichtigt und insbesondere in Bezug auf den Lohn ist zu erkennen, dass die vom BGer als «zumutbar» bestimmten Löhne nicht orts- oder branchenüblich sind.
- 394 Insgesamt lassen sich der Rechtsprechung des Bundesgerichts bis anhin vier Kriterien entnehmen, die eine Arbeit in einem Beschäftigungsprogramm allenfalls unzumutbar machen:
- Wiederholt erwähnte das Gericht, dass gesundheitliche Gründe gegen einen Einsatz in einem Programm sprechen können.⁹⁴⁹ Konkret wurde jedoch jeweils befunden, es lägen keine gesundheitlichen Hinderungsgründe vor.

⁹⁴⁶ BGE 139 I 218, E. 4.4.

⁹⁴⁷ BGE 130 I 71, E. 5.3.

⁹⁴⁸ So auch: STUDER/PÄRLI, S. 1391.

⁹⁴⁹ BGE 142 I 1, E. 6; BGE 139 I 218, E. 4.4; Urteil BGer 8C_536/2015 v. 22.12.2015, E. 2.1.

- Weiter erwähnte das Bundesgericht, eine Arbeit in einem Programm sei zumutbar, da sie nicht entwürdigend sei. Die Menschenwürdigkeit einer Arbeit wurde in einem Fall damit begründet, eine Überforderung des Beschwerdeführers und damit ein erhöhtes Unfallrisiko seien nicht erstellt.⁹⁵⁰ In einem anderen Fall hielt das BGer fest, die Arbeit als Kantinen- und Reinigungsmitarbeiterin habe nichts Entwürdigendes und deshalb sei das Arbeitsangebot und die mit der Arbeitsverweigerung verbundenen Folgen weder unmenschlich noch unverhältnismässig. Die Folge der Arbeitsverweigerung war der Verlust der Not- und der Sozialhilfe (Subsidiarität).⁹⁵¹
- Die Überforderung einer Person am angebotenen Einsatzplatz ist *e contrario* zur Unterforderung generell ein Grund, der gegen die Zumutbarkeit eines Einsatzes spricht.⁹⁵²
- Schliesslich wird auch akzeptiert, dass Betreuungsaufgaben gegen die Zumutbarkeit einer Arbeit sprechen können. Bei einer Mutter von zwei Kindern, die bereits 14- resp. 17-jährig sind, sind die Betreuungsaufgaben jedoch nicht derart, dass sie gegen die Zumutbarkeit einer 70 %-Erwerbstätigkeit sprechen würden.⁹⁵³

b) Grundrechtlich geschützte Betätigungsfelder

In mehreren Beschwerden machten die Beschwerdeführer_innen geltend, 395 die Pflicht zur Teilnahme an einem Beschäftigungsprogramm verletze ihre Grundrechte. Angerufen wurde u.a. das Recht auf persönliche Freiheit nach Art. 10 Abs. 2 BV. Die betreffenden Rügen waren bisher nicht erfolgreich. Im «Berner Dekorateur»-Fall⁹⁵⁴ wurde festgehalten, die Rüge, der «massive faktische Zwang» verletze das Grundrecht auf persönliche Freiheit und auf Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV), müsste als «abwegig» und an Mutwilligkeit grenzend bezeichnet werden.⁹⁵⁵ Dies jedoch vor dem Hintergrund, dass sich der Beschwerdeführer vor den Vorinstanzen dahingehend geäussert hatte, dass er jederzeit eine Stelle

⁹⁵⁰ Urteil BGer 8C_156/2007 v. 11.04.2008, E. 6.5.

⁹⁵¹ Urteil 2P.275/2003 v. 06.11.2003, E. 5.2.

⁹⁵² BGE 139 I 218, E. 4.4; BGE 130 I 71, E. 5.3; Urteil BGer 2P.275 v. 06.11.2003, E. 5.1 *in fine*.

⁹⁵³ Urteil BGer 2P.275/2003, E. 5.2; was heute in Anbetracht jüngerer gesellschaftlicher Entwicklungen, die sich auch in den SKOS-RL, C.1.3., widerspiegeln, nicht überrascht.

⁹⁵⁴ Urteil BGer 2P.147/2002 v. 04.03.2003.

⁹⁵⁵ Urteil BGer 2P.147/2002 v. 04.03.2003, E. 3.5.2.

finden könnte, wenn er denn nur wollte, aber er es vorziehe, von der Sozialhilfe zu leben, um den Staat für seine Ausländerpolitik zu bestrafen.⁹⁵⁶

- 396 In BGE 139 I 218 (Berner TAP) setzte sich das BGer detaillierter mit der Rüge auseinander, die Pflicht zur Teilnahme an einem Beschäftigungsprogramm verletze Art. 10 Abs. 2 BV. Das Grundrecht der persönlichen Freiheit könne zwar grundsätzlich tangiert werden, die Pflicht, an einem Programm teilzunehmen, sei «im Einzelfall in der Regel jedoch eine verhältnismässige Weisung». Es sei ein relativ leichter Eingriff, der Art. 10 Abs. 2 BV nicht verletze, und er sei auch nicht unverhältnismässig. Mildere Massnahmen zur Abklärung der Arbeitsmotivation und der beruflichen Situation seien nicht ersichtlich resp. diese seien bereits gescheitert.⁹⁵⁷ Die Nichtteilnahme am Abklärungsplatz führte schliesslich dazu, dass der Beschwerdeführer keinen Anspruch auf staatliche Unterstützung mehr hatte (Subsidiarität).
- 397 In einem weiteren Entscheid berief sich der – nicht anwaltlich vertretene – Beschwerdeführer auf sein Recht auf freie Berufswahl nach Art. 23 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte (AEMR). Mit Hinweis darauf, dass sich aus der AEMR keine einklagbaren Rechte ergäben, hielt das BGer fest, dass auch keine unerlaubte Zwangs- oder Pflichtarbeit vorliege, solange die angebotenen Tätigkeiten dem Begriff der «zumutbaren Arbeit» i.S. der Gesetzgebung über die ALV entsprechen würden. «Grundsätzlich» liege aber bei einem Einsatz in einem Beschäftigungsprogramm kein Verstoss gegen das Verbot des Arbeitszwangs vor. Dies auch nicht, wenn im Programm kein existenzsicherndes Einkommen erzielt werde.⁹⁵⁸
- 398 Diese Feststellung des Bundesgerichts ist insbesondere daher interessant, dass, wie gerade (N 393) festgestellt, nicht klar ist, ob Art. 16 AVIG zur Bestimmung der Zumutbarkeit einer Arbeitsleistung in einem Beschäftigungsprogramm angewandt wird. Zudem lässt sich in Bezug auf bestimmte Kriterien (z.B. Beruf, Lohn) eine implizite Abweichung der Beurteilung der Zumutbarkeit einer Arbeit für Sozialhilfeempfänger_innen von der arbeitslosenversicherungsrechtlichen Beurteilung feststellen.

⁹⁵⁶ Urteil BGer 2P.147/2002 v. 04.03.2003, E. 3.5.2; sowie VerwG BE, Urteil 21250/21280U v. 27.05.2002, E. 4a. Gem. MÜLLER/SCHEFER, S. 777, Fn. 95, ist dieser Entscheid ein Beispiel für den Grundsatz «*bad cases make bad law*».

⁹⁵⁷ BGE 139 I 218, E. 4.3.

⁹⁵⁸ Urteil BGer 8C_536/2015 v. 22.12.2015, E. 2.2.

C. Rechtsprechung der Kantone

1. Verweis auf Art. 16 AVIG

Diverse kantonale Gerichtsentscheide verweisen zur Bestimmung der Zumutbarkeit einer Arbeit in einem Beschäftigungsprogramm der Sozialhilfe auf Art. 16 AVIG, der zu diesem Zweck hilfsweise heranzuziehen sei.⁹⁵⁹ Dies rechtfertigt sich, weil die Sozialhilfe und die ALV beide das Ziel der beruflichen Reintegration verfolgten.⁹⁶⁰ Vereinzelt finden sich auch Urteile, die dafür argumentieren, dass in der Sozialhilfe strengere Kriterien als diejenigen, die sich in Art. 16 AVIG fänden, zu gelten hätten⁹⁶¹ und die Sozialhilfe nicht mit der ALV verwechselt werden dürfe.⁹⁶² Begründet wird dies damit, dass in der Sozialhilfe als steuer- und nicht beitragsfinanziertes System noch viel mehr gelte, «dass die Leistungsempfänger, welche teilweise nie Steuern bezahlt haben, alles in ihrer Macht stehende (sic!) zu tun haben, um die Belastung der öffentlichen Hand zu vermindern».⁹⁶³ So sei die Situation in der Sozialhilfe nicht mehr so «confortable» wie in der ALV und «contrairement à ce qu'il pense, ses droits ne sont ici pas aussi étendus que cela».⁹⁶⁴ Die Rechte der Sozialhilfeempfänger_innen seien generell durch ihre Pflicht, alles zu tun, um die Bedürftigkeit zu mindern, eingeschränkt. Eine Arbeit abzulehnen, zeuge daher von Böswilligkeit.⁹⁶⁵

Wie in der Rechtsprechung des Bundesgerichts finden sich in der kantonalen Rechtsprechung diverse (implizite) Relativierungen der analogen Anwendung von

⁹⁵⁹ Z.B. VerwG AG, Urteil WBE.2011.104 v. 23.09.2011; VerwG AG, Urteil WBE.2010.297 v. 19.04.2011; VerwG GR, Urteil U 16 20 v. 09.09.2016; VerwG GR, Urteil U 14 22 v. 05.06.2014; VerwG GR, Urteil U 15 20 v. 09.09.2016; VerwG GR, Urteil U 08 86 v. 03.04.2009; VerwG SG, Urteil B 2015/4 v. 30.06.2015, E. 2.2.1; VerwG SO, Urteil VWBES.2009.46 v. 06.03.2009, E. II.5; VerwG SZ, Urteil III 2007 9 v. 22.03.2007, E. 2.2; VerwG TG, Urteil TVR 2015 Nr. 23 v. 25.02.2015; OGer UR, Urteil V 01 8 v. 21.03.2003, E. 4a; VerwG ZH, Urteil VB.2005.00354 v. 19.01.2006, E. 2.4; VerwG ZH, Urteil VB 2012.00864 v. 02.04.2013.

⁹⁶⁰ KG FR, Urteil 605 2015 1 v. 10.12.2015, E. 2c.

⁹⁶¹ VerwG AG, Urteil WBE.2010.397 v. 19.04.2011, E. 4.3; VerwG BS, Urteil VD.2010.265 v. 24.12.2011, E. 2.4; KG FR, Urteil 605 2016 166 v. 31.08.2016, E. 6a/aa.

⁹⁶² KG FR, Urteil 605 2016 166 v. 31.08.2016, E. 6a/aa.

⁹⁶³ VerwG BS, Urteil VD.2010.265 v. 24.12.2011, E. 2.4.

⁹⁶⁴ KG FR, Urteil 605 2016 166 v. 31.08.2016, E. 6a/aa.

⁹⁶⁵ KG FR, Urteil 605 2016 166 v. 31.08.2016, E. 6a/aa.

Art. 16 AVIG, was sich insbesondere in Bezug auf die Fähigkeiten und die Arbeitsbedingungen zeigt (siehe nachfolgend N 410 ff. und N 414 ff.). Diese Abweichungen werden kaum thematisiert. Argumentiert wird aber etwa, ein Programm sei keine Erwerbsarbeit – die Teilnehmer_innen würden statt Sozialhilfe einfach einen Soziallohn beziehen. Daher sei auch nicht der Begriff der zumutbaren Arbeit massgeblich, sondern ein allgemeiner Begriff der Zumutbarkeit und diese könne ohne Weiteres bejaht werden.⁹⁶⁶

- 401 Hervorzuheben ist die Rechtsprechung des Kantons Waadt, die auf der oben (N 358 ff.) beschriebenen kantonalen Regelung beruht, wonach Sozialhilfeempfänger_innen, die vermittlungsfähig und entsprechend beim RAV gemeldet sind, denselben Pflichten unterstehen wie Personen, die nach dem AVIG unterstützt werden. Entsprechend stützen sich auch die Gerichte auf das AVIG und die dazu ergangene Praxis, um die Zumutbarkeit einer Arbeit resp. der Teilnahme an einem Beschäftigungsprogramm zu bestimmen.⁹⁶⁷

2. Betreuungsaufgaben

- 402 Ob bestehende Betreuungsaufgaben die Teilnahme an einem Integrationsprogramm unzumutbar machen, wird in der kantonalen Rechtsprechung verschiedentlich diskutiert und grundsätzlich bejaht.⁹⁶⁸ Die Pflege erkrankter Angehöriger (z.B. die Ehefrau oder die Grosseltern) kann die Sozialhilfeempfänger_in vorübergehend von ihren Integrationspflichten befreien.⁹⁶⁹ Auch wurde etwa anerkannt, dass einer Mutter, deren Kind an ADHS leidet und deren Partner Schicht arbeitet, keine stundenweise Erwerbsarbeit zumutbar ist.⁹⁷⁰ Ebenfalls wurde die Verpflichtung einer alleinerziehenden Mutter eines gut einjährigen Kindes, die sich in einer selbstfinanzierten Ausbildung befand und die Betreuung des Kindes durch dessen Grosseltern gewährleistete, zur Aufnahme einer Erwerbstätigkeit als nicht zumutbar eingestuft und die angedrohte Sanktion bei nicht erbrachten Arbeitsbemühun-

⁹⁶⁶ OGer UR, Urteil OG V 01 8 v. 23.03.2003.

⁹⁶⁷ Vgl. TC VD, Urteil PS.2010.0066 v. 29.04.2011, E. 2c; TC VD, Urteil PS.2006.0279 v. 30.03.2007, E. 2; TC VD, Urteil PS.2007.0110 v. 20.12.2007; TC VD, Urteil PS.2010.0066 v. 29.04.2011, E. 2c (hier mit Verweis auf Art. 64a AVIG).

⁹⁶⁸ Siehe nebst den nachfolgenden Urteilen etwa auch: VerwG BE, Urteil 100.2012.59U v. 04.12.2012, E. 5.6.2; VerwG SO, VWBES.2006.89 v. 04.07.2006.

⁹⁶⁹ Betreffend Ehefrau siehe: VerwG GR Urteil U 15 13/14 v. 01.04.2015, E. 3d; betreffend Grosseltern siehe: VerwG SZ, Urteil III 2010 60 v. 18.08.2010, E. 4.4.

⁹⁷⁰ VerwG SO, Urteil VWBES.2005.123 v. 11.05.2005.

gen aufgehoben.⁹⁷¹ Ein Urteil aus dem Kanton St. Gallen hält fest, es sei zulässig, eine alleinstehende Mutter aufgrund besonderer Umstände erst zwei Jahre nach der Geburt des zweiten Kindes – und nicht bereits früher – zur Wiederaufnahme einer Erwerbstätigkeit zu verpflichten.⁹⁷²

Inwiefern die neuen SKOS-RL, welche die Reintegration ab der Vollendung des ersten Altersjahrs des Kindes höher gewichten als die Betreuung der eigenen Kinder, angewandt werden, kann anhand der Rechtsprechung noch nicht beurteilt werden (siehe auch N 85 und N 353). 403

3. Gesundheit

Auffallend viele Urteile diskutieren zumindest am Rande, ob eine Tätigkeit im Beschäftigungsprogramm den Sozialhilfeempfänger_innen in gesundheitlicher Hinsicht zumutbar war.⁹⁷³ Da wie gesehen 63 % der Langzeit-Sozialhilfeempfänger_innen eine gesundheitliche Einschränkung haben, ist dies an sich nicht weiter erstaunlich. Gesundheitliche Hinderungsgründe scheinen dabei grundsätzlich auch in den Kantonen als Grenze der Zumutbarkeit akzeptiert zu sein. Allerdings ist weniger klar, welche gesundheitliche Einschränkung die Teilnahme an einem Programm unzumutbar werden lässt und wie sie bewiesen werden muss.⁹⁷⁴ 404

Besonders hervorzuheben ist hier der Entscheid des bernischen Verwaltungsgerichts, wonach eine 100 %-Arbeitsunfähigkeit nicht zugleich auch eine Unfähig- 405

⁹⁷¹ VerwG GR, Urteil U 11 60 v. 03.11.2011, E. 3c.

⁹⁷² VerwG SG, Urteil B 2006/77 v. 14.09.2006.

⁹⁷³ Z.B. VerwG AG, Urteil WBE.2011.104 v. 23.09.2011; VerwG BE, Urteil 200 16 434 SH v. 12.07.2016; KG FR, Urteil 3A 07 98 v. 07.09.2009; KG FR, Urteil 605 2012 364 v. 06.06.2013; KG FR, Urteil 605 2013 227 v. 20.08.2015; VerwG GR, Urteil U 15 59 v. 29.09.2015; VerwG GR, Urteil U 14 22 v. 05.06.2014; OGer SH, Urteil 60/2006/55 v. 27.10.2006; VerwG SO, Urteil VWBES.2017.128 v. 22.05.2017; VerwG SO, Urteil VWBES.2016.310 v. 07.09.2016; VerwG SZ, Urteil III 2011 184 v. 18.01.2012; VerwG TG, Urteil TVR 2010 Nr. 18 v. 30.06.2010; VerwG TG, Urteil TVR 2009 Nr. 27 v. 25.02.2009 (betrifft vertrauensärztliche Beurteilung); VerwG TG, Urteil TVR 2005 Nr. 35 v. 16.02.2005; TC VD, Urteil PS.2006.0279 v. 30.03.2007; VerwG ZH, Urteil VB.2017.0282 v. 15.09.2017; VerwG ZH, Urteil VB.2017.00110 v. 05.05.2017; VerwG ZH, Urteil VB2012.00523 v. 11.04.2013.

⁹⁷⁴ Siehe auch BGE 142 I 1, E. 6, wo bezüglich des Beweises der gesundheitlichen Hinderungsgründe offengelassen wird, ob Berichte des Regionalen Ärztlichen Dienstes der IV (RAD), die im Auftrag der Sozialhilfebehörde erstellt werden, eine grössere Beweiskraft haben als dieselben Berichte im Verfahren der IV.

keit belege, eine Integrationsleistung im Rahmen der sozialhilferechtlichen Unterstützung – allenfalls in einem Beschäftigungsprogramm – zu leisten.⁹⁷⁵ Eine Arbeitsunfähigkeit belege auch nicht zwingend die Unzumutbarkeit einer Teilnahme an einem Abklärungsplatz, gehe es doch nicht um eine Tätigkeit in der freien Wirtschaft.⁹⁷⁶

Es sei hier daran erinnert, dass ein Abklärungsplatz aber gerade ein Einkommen bietet, mit welchem für sich selber zu sorgen ist – also offenbar eine wirtschaftlich verwertbare Arbeitsleistung erfolgt. So wurden der betroffenen Person auch sämtliche Hilfeleistungen für die Dauer des zweimonatigen Einsatzes verweigert.

Ähnlich auch das Verwaltungsgericht Thurgau: Eine (ärztlich attestierte) «Unfähigkeit, unter den Bedingungen des freien Marktes zu funktionieren», belege, entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin, dass die Weisung zur Teilnahme an einem Beschäftigungsprogramm folgerichtig sei, da dieses gerade nicht nach den Bedingungen des freien Marktes funktioniere. Nach Scheitern des Programms – aufgrund des «nicht tolerierbaren Verhaltens» der Beschwerdeführerin – wurde die Unterstützung eingestellt.⁹⁷⁷

406 Zudem zeigt die Praxis, dass etwa von Personen, die eine Suchtproblematik haben, ein Einsatz in sozialhilferechtlichen Beschäftigungsprogrammen⁹⁷⁸ und Integrationsbemühungen verlangt wird.⁹⁷⁹ Auch einer stark drogen- und alkoholabhängigen Person wurde (gesundheitlich) zugemutet, dass im Rahmen der bestehenden Arbeitsfähigkeit von 50 % Weisungen befolgt würden und an Beschäftigungsprogrammen teilgenommen werde.⁹⁸⁰ Ähnlich wurde einer alkoholabhängigen Person beschienen, sie habe noch einen gewissen Handlungsspielraum, seien doch ihre Alkoholabhängigkeit und deren invalidisierende Wirkung noch nicht ärztlich belegt. Der Alkoholismus des Beschwerdeführers wurde jedoch als Grund für die bisher gescheiterten Integrationsversuche ausgemacht. Eine Kürzung der Sozialhilfeleistungen infolge eines erneuten Misserfolgs wurde in einem insgesamt stös-

⁹⁷⁵ VerwG BE, Urteil 200.2014.1143 v. 27.03.2015, E. 3.3.

⁹⁷⁶ VerwG BE, Urteil 200 16 1048 SH v. 24.01.2017, E. 3.2.

⁹⁷⁷ VerwG TG, Urteil TVR 2005 Nr. 35 v. 16.02.2005, E. 2.

⁹⁷⁸ Siehe z.B.: VerwG AG, Urteil WBE.2006.319 v. 29.03.2007, E. II.2.3 insbes.; VerwG SO, WBES.2010.149 v. 09.08.2010; zur Abgrenzung zwischen IV und Sozialhilfe und zur Behandlung der Drogenabhängigkeit in den verschiedenen Unterstützungssystemen: VerwG GR, Urteil U 09 14 v. 19.05.2009.

⁹⁷⁹ VerwG FR, Urteil 605 2014 241 v. 18.03.2016, E. 6.

⁹⁸⁰ VerwG AG, Urteil WBE.2006.319 v. 29.03.2007; siehe auch bereits: N 315 betr. Rechtsmissbrauch.

senden Urteil damit begründet, dass im Beschwerdeführer ein Verantwortungsgefühl geweckt werden solle.⁹⁸¹

Im Kanton Graubünden wurde hingegen festgehalten, eine drogenabhängige Person komme den ihr zumutbaren Minderungspflichten nach, indem sie an einem Methadonprogramm teilnehme, sich psychotherapeutisch behandeln lasse und Psychopharmaka einnehme. Eine sechs monatige Drogenabstinenz, damit eine Anmeldung bei der IV erfolgen könnte, könne hingegen nicht gefordert werden.⁹⁸² 407

Das Bundesgericht hat im Sommer 2019 entschieden, dass auch Personen mit einer Suchterkrankung grundsätzlich Anspruch auf Leistungen der Invalidenversicherung haben können und die Auswirkungen von Suchterkrankungen auf die Erwerbsfähigkeit nicht mehr von vornherein keine Invalidität i.S. des IVG bewirken. Neu ist auch bei Suchterkrankungen das indikatorenorientierte Abklärungsverfahren gem. BGE 141 V 281 durchzuführen und zu prüfen, ob eine objektiv überwindbare Erwerbsunfähigkeit vorliegt oder nicht.⁹⁸³

Unzumutbar war es ebenfalls für eine stark übergewichtige Mutter von drei Kindern, deren Arbeitsunfähigkeit ärztlich bestätigt war, an einem Beschäftigungsprogramm teilzunehmen.⁹⁸⁴ Nicht zulässig war der Wegfall der Integrationszulage bei einer Person, die sich nicht an die Integrationsvereinbarung hielt, obwohl die Sozialarbeiterin hätte erkennen sollen, dass das Erfüllen der Integrationsvereinbarung der Sozialhilfeempfängerin aus gesundheitlichen Gründen unmöglich ist. Die psychischen Probleme waren dabei nicht mit einem ärztlichen Zeugnis belegt, sondern von der Sozialarbeiterin als offensichtlich bestehend angesehen worden.⁹⁸⁵ Hingegen führt beispielsweise die behauptete Gefahr, bei einer unter- 408

⁹⁸¹ KG FR, Urteil 605 2014 241 v. 19.09.2014, E. 6c: «Dans cette optique, le renvoyer à la couverture sociale minimale – c'est bien le but de la mesure de réduction de 15% – doit aussi et surtout être envisagé comme un moyen de le responsabiliser.»

⁹⁸² VerwG GR, Urteil U 09 14 v. 19.05.2009, E. 4d.

⁹⁸³ BGE 145 V 215; weitere Hinweise zum indikatorenorientierten Abklärungsverfahren in Fn. 2682; es wird sich weisen, ob dadurch tatsächlich Suchterkrankte Ansprüche auf Leistungen der Invalidenversicherung geltend machen können, wurde doch aufgezeigt, dass das indikatorenorientierte Abklärungsverfahren nicht zu einem Anstieg der Leistungszusprachen bei somatoformen Schmerzstörungen führte, siehe dazu ausführlich: MEIER MICHAEL E., Zwei Jahre neue Schmerzrechtsprechung, Übersicht über das indikatorenorientierte Abklärungsverfahren: Konkretisierungen, Tendenzen und Würdigung, in: Riemer-Kafka Gabriela/Hürzeler Marc (Hrsg.), Das indikatoren-orientierte Abklärungsverfahren, Zürich/Basel/Genf 2017, S. 105–148.

⁹⁸⁴ VerwG AG, Urteil WBE.2011.104 v. 23.09.2011.

⁹⁸⁵ TA GE, Urteil ATA 51 2010 v. 26.01.2010, E. 10.

fordernden Tätigkeit ein «Boreout» zu erleiden, nicht zur (gesundheitlichen) Unzumutbarkeit eines Einsatzplatzes.⁹⁸⁶

- 409 Im Kanton Freiburg kann beobachtet werden, dass das Gericht es – zumindest in jüngerer Zeit⁹⁸⁷ – als Aufgabe der Sozialhilfeempfänger_innen betrachtet, die (gesundheitliche) Unzumutbarkeit einer Massnahme zu beweisen.⁹⁸⁸ Dabei werden jedoch Arztzeugnisse der Hausärzt_innen der Sozialhilfeempfänger_innen als Zeugnisse mit wenig Aussagekraft beurteilt.⁹⁸⁹ Eingereichte Zeugnisse haben fundiert und geeignet zu sein, die generelle Weigerung des Sozialhilfeempfängers, an einem Programm teilzunehmen, aufzuwiegen.⁹⁹⁰

4. Fähigkeiten, Ausbildung, Tätigkeiten

- 410 Eine Unterforderung ist auch gemäss der kantonalen Rechtsprechung hinzunehmen.⁹⁹¹ Ein Anspruch auf ein den Fähigkeiten angepasstes Programm bestehe nicht.⁹⁹² Dementsprechend hat sich beispielsweise ein Jurist, der sich in Weiterbildung befindet, auf Stellen zu bewerben und anzunehmen, die nicht seiner Ausbildung entsprechen. Es sei nicht einzusehen, was bei einer Stelle als Office-Mitarbeiter bei der Migros existenz- und persönlichkeitsvernichtend sei.⁹⁹³ Arbeiten, die einer Person widerstreben und von denen sie denkt, sie nicht zu beherrschen, gelten ebenfalls als zumutbar.⁹⁹⁴

⁹⁸⁶ VerwG BE, Urteil 100.2011.428Ua v. 18.10.2012, E. 5.7.5.

⁹⁸⁷ Anders noch: KG FR, Urteil 603 2010 59 v. 24.06.2010, E. 4c, wo explizit darauf hingewiesen wurde, dass die Sozialhilfebehörde die gesundheitliche Situation besser hätte abklären müssen, um zu entscheiden, ob die Stelle gesundheitlich zumutbar war.

⁹⁸⁸ KG FR, Urteil 605 2016 158/159 v. 23.03.2017, E. 7a/aa; Urteil 605 2016 166 v. 31.08.2016, E. 6a/bb.

⁹⁸⁹ KG FR, Urteil 605 2016 273 v. 10.11.2017, E. 5c/bb.

⁹⁹⁰ KG FR, Urteil 605 2016 273 v. 10.11.2017, E. 6.

⁹⁹¹ VerwG BE, Urteil 200 16 434 SH v. 12.07.2016, E. 3.4; Urteil 200 15 23 SH v. 16.03.2015, E. 3.1; VerwG ZH, Urteil VB.2016.00335 v. 28.09.2016, E. 3; Urteil VB.2015.00099 v. 26.03.2015, E. 4.5; Urteil VB.2014.00122 v. 05.11.2014, E. 3.3; Urteil VB 2014.00423 v. 18.11.2014, E. 3.5.

⁹⁹² VerwG ZH, Urteil VB.2016.00335 v. 28.09.2016, E. 4.1.

⁹⁹³ VerwG BS, Urteil VD.2010.265 v. 25.11.2011, E. 2.4.

⁹⁹⁴ VerwG ZH, Urteil VB.2014.00423 v. 18.11.2014, E. 5.3.

Entsprechend sind auch Tätigkeiten auszuüben, die nicht den vorherigen Beschäftigungen, der Ausbildung oder den Wünschen der Sozialhilfeempfänger_innen entsprechen. Zum Beispiel muss eine manuelle Tätigkeit auch dann angenommen werden, wenn lieber im administrativen Bereich gearbeitet würde.⁹⁹⁵ Auch eine Arbeit im Altersheim wurde für zumutbar erklärt, trotz den Ausführungen der Beschwerdeführerin, sie habe keine Neigung und Affinität zur Pflege, und obwohl sie zusätzlich auf ihre Ausbildung im kaufmännischen Bereich verwies.⁹⁹⁶ Ein in der Türkei ausgebildeter Mediziner darf seine Arbeitsbemühungen nicht auf Stellen als Assistenzarzt beschränken⁹⁹⁷ und einem Bachelorabsolventen ist es zumutbar, einen Monat lang eine Tätigkeit auszuüben, die rein intellektuell nicht seinem Niveau entspricht. Da Letzterer dies nicht tat, wurde ihm keine Sozialhilfe gewährt und sein Gesuch um Nothilfe ebenfalls abgelehnt.⁹⁹⁸ Ein ausgebildeter Jurist, der sich seit längerer Zeit auf die Anwaltsprüfung vorbereitet, hat ebenfalls den Testarbeitsplatz im Kanton Bern anzunehmen und im Falle der Weigerung den Verlust der Anspruchsberechtigung zum Bezug von Sozial- und Nothilfe hinzunehmen.⁹⁹⁹

Etwas anders gelagert war der Fall eines ausgebildeten Pianisten, der nicht an einem Programm teilgenommen hatte, in welchem er vornehmlich in der Archivierung von Akten eingesetzt wurde. Er argumentierte, wenn er schon keinen Einsatzplatz haben könne, der seiner Ausbildung entspreche, bevorzuge er es, eine körperliche, ja gar eine mühsame (*pénible*) Arbeit auszuführen. Er drang aber ebenso wenig durch.¹⁰⁰⁰

5. Alter

Das Alter einer Sozialhilfeempfänger_in kann z.B. im Kanton Zürich, auch wenn es dort nicht in den gesetzlichen Grundlagen erwähnt ist, eine Unzumutbarkeit einer Arbeit begründen.¹⁰⁰¹ Die Rechtsprechung des Kantons Bern zeigt, dass das hohe Alter einer Person einen Einsatz bei einem Abklärungsplatz nicht weniger zumutbar macht. Gerade wenn das Alter (*in casu*: 57) darauf hindeute, dass es

⁹⁹⁵ VerwG BE, Urteil 200 14 301 SH v. 13.06.2014.

⁹⁹⁶ VerwG SO, Urteil VWBES 2007.330 v. 04.12.2007, E. II.2.c.

⁹⁹⁷ Département de la santé et des affaires sociales NE, Urteil REC.2011.107 v. 31.05.2011.

⁹⁹⁸ VerwG TG, Urteil TVR 2015 Nr. 23 v. 25.02.2015, E. 2.5 f.

⁹⁹⁹ VerwG BE, Urteil 100.2013.374U v. 09.12.2013.

¹⁰⁰⁰ TA GE, Urteil ATA 847/2010 v. 30.11.2010, E. 11.

¹⁰⁰¹ Vgl. z.B. VerwG ZH, Urteil VB.2017.00253 v. 04.09.2017, E. 4.4; Urteil VB.2016.00791 v. 03.03.2017, E. 4.1; Urteil VB.2015.00580 v. 28.10.2015, E. 2.2.

schwierig sein könnte, eine Anstellung auf dem ersten Arbeitsmarkt zu finden, könne ein Einsatz im zweiten Arbeitsmarkt die Situation der betroffenen Person verbessern.¹⁰⁰²

6. Lohn, Arbeitsbedingungen und soziale Sicherheit

- 414 Wie der bundesgerichtlichen Rechtsprechung können auch der kantonalen keine klaren Vorgaben in Bezug auf die zu gewährende Entschädigung oder die zu garantierenden Arbeitsbedingungen entnommen werden.
- 415 Im Kanton Solothurn machte ein Sozialhilfeempfänger geltend, eine Stelle sei nicht zumutbar, da der Lohn lediglich CHF 1'200 betrage und er nicht den Sozialversicherungen unterstellt werde. Ihm wurde vorgehalten, er habe «den Sinn dieses Arbeitseinsatzes offensichtlich nicht verstanden»; Sinn sei die Vermittlung von Tagesstruktur und es sei eine Hilfe zur Reintegration in den Arbeitsmarkt.¹⁰⁰³ Die Irrelevanz der Entlohnung unterstreicht dasselbe Gericht in einem anderen Urteil, in welchem der Lohn, der im Programm geboten würde, und die Höhe der Integrationszulage zensiert sind.¹⁰⁰⁴ Ein Stundenlohn von brutto CHF 12.25 gilt als zumutbar¹⁰⁰⁵ und ein Nettolohn von CHF 200 für einen Anstellungsgrad von 10 %.¹⁰⁰⁶ Wie bereits in N 296 gesehen, werden teilweise äusserst tiefe Löhne wie etwa CHF 2.35/Stunde an die sozialhilferechtliche Unterstützung angerechnet.
- 416 Im Kanton St. Gallen wurde ein Lohn von CHF 1'000 bei einer 100 %-Anstellung resp. CHF 500 bei 50 % als gerechtfertigt bezeichnet, da bei einer Arbeit im zweiten Arbeitsmarkt tiefere Anforderungen an die Personen gestellt würden. Es sei auch nicht erforderlich, dass die Anstellungsbedingungen (alle) vor dem Antritt der Stelle geklärt sind, da diesbezüglich auch auf die individuellen Fähigkeiten und Bedürfnisse eingegangen werden soll.¹⁰⁰⁷
- 417 Auch die waadtländische Rechtsprechung erachtet es – gestützt auf die relevanten AVIG-Normen – nicht als erforderlich, dass den Sozialhilfeempfänger_innen ein Vertrag mit den Arbeitsbedingungen vorgelegt wird. Gemäss Art. 320 Abs. 1 OR

¹⁰⁰² VerwG BE, Urteil 100.2012.59U v. 04.12.2012, E. 5.4.

¹⁰⁰³ VerwG SO, Urteil VWBES.2007.320 v. 05.11.2007, E. II.4.c.

¹⁰⁰⁴ VerwG SO, Urteil VWBES.2010.149 v. 09.08.2010, E. II.2.c.

¹⁰⁰⁵ VerwG ZH, Urteil VB.2016.00335 v. 28.09.2016, E. 4.1.

¹⁰⁰⁶ VerwG ZH, Urteil VB.2017.00112 v. 04.05.2017, E. 5.2.

¹⁰⁰⁷ VerwG SG, Urteil B 2015/4 v. 30.06.2015, E. 2.2.1; dieses Urteil wurde ans BGer weitergezogen, vgl. Urteil BGer 8C_546/2015 v. 22.12.2015.

könne ein Arbeitsvertrag auch mündlich gültig geschlossen werden. Der Sozialhilfeempfänger habe sich bei den Vertragsverhandlungen unflexibel gezeigt, was zum Abbruch der Verhandlungen geführt habe, obschon nichts darauf hingedeutet habe, dass die angebotenen Arbeitsbedingungen unzumutbar gewesen wären.¹⁰⁰⁸

Ebenfalls nicht zur Unzumutbarkeit führt, wenn der Arbeitsvertrag, der den Einsatz regeln soll, nicht vorher bekannt ist und dieser beim Antritt des mit dem Wegfall jeglicher Unterstützungsleistungen bedrohten Arbeitseinsatzes unterzeichnet werden muss. Zumindest bezeichnet das Gericht die Verwaltungspraxis als unverständlich, wäre doch das Vorlegen des Arbeitsvertrages – selbst wenn kein Verhandlungsspielraum bestehe – eine vertrauensbildende Massnahme.¹⁰⁰⁹ 418

Weiter wurde eine Arbeit auf Abruf als «ohne Weiteres» zumutbar taxiert, auch wenn die konkrete Ausgestaltung aus arbeitsrechtlicher Hinsicht als teilweise diskutabel beurteilt wurde.¹⁰¹⁰ Von anderen Gerichten wird konsequent(er) abgeklärt, unter welchen Bedingungen in einem Beschäftigungsprogramm gearbeitet wird. So werden im Kanton Graubünden wiederholt Entscheide an die Vorinstanz zurückgewiesen, da ohne Angaben über die ausgeführten Arbeiten oder die Höhe des Lohnes nicht beurteilt werden könne, ob es sich um eine zumutbare Arbeit handle, welche allenfalls eine (Teil)Einstellung der Sozialhilfeleistungen rechtfertige oder nicht.¹⁰¹¹ 419

Illustrativ ist ebenfalls ein Fall, der einen Asylbewerber resp. vorläufig aufgenommenen Flüchtling betraf: Er arbeitete zwischen 1998 und 2008 (mit Unterbrüchen) hauptsächlich als Maler in einem Beschäftigungsprogramm. 2009 forderte er die Nachzahlung von Lohn in der Höhe von CHF 110'718, basierend auf dem Mindestlohn gem. dem GAV für das Malergewerbe. Der Arbeitseinsatz des Beschwerdeführers wurde nicht entschädigt und er wurde (auch) während seiner Arbeitseinsätze mit Sozialhilfe, allenfalls aufgestockt um eine Integrationszulage, unterstützt. Die Beschwerde wurde abgelehnt. Dies wurde damit begründet, dem Beschwerdeführer habe bewusst sein müssen, dass sein Einsatz nicht entlöhnt sei, und daher könne nicht von einem faktischen Arbeitsverhältnis gem. Art. 320 Abs. 2 OR ausgegangen werden.¹⁰¹² 420

¹⁰⁰⁸ TC VD, Urteil PS.2014.0106 v. 04.05.2015, E. 2c.

¹⁰⁰⁹ VerwG BE, Urteil 100.2011.428Ua v. 18.10.2012, E. 5.7.6.

¹⁰¹⁰ VerwG TG, Urteil TVR 2008 Nr. 30 v. 09.07.2008, E. 3b/bb.

¹⁰¹¹ VerwG GR, Urteil U 15 13/14 v. 01.04.2015; Urteil U 15 5 v. 01.04.2015; Urteil U 14 22 v. 05.06.2014.

¹⁰¹² VerwG ZH, Urteil VB.2011.00097 v. 20.04.2011, E. 4.3.1.

- 421 Als nicht zumutbar wird ein Arbeitspensum von über 100 % beurteilt – dazu könne auch im Bereich der Sozialhilfe grundsätzlich niemand verpflichtet werden. Im konkreten Fall war der Beschäftigungsumfang im Programm daher auf 50 % zu reduzieren, damit er mit dem Absolvieren einer Ausbildung im kaufmännischen Bereich vereinbar blieb.¹⁰¹³
- 422 Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass auch Programme, die mit einer Integrationszulage entschädigt werden, und darüber hinaus keine (monetären) Vorteile bringen zumutbar sind. Es ist jedoch nicht möglich, bei einer Nichtteilnahme an einem solchen nicht entlöhnten Programm sämtliche Hilfeleistungen i.S. der Subsidiarität einzustellen.

7. Erfolgsaussichten, Reintegrationschancen, Ziele

- 423 In der kantonalen Rechtsprechung ist verschiedentlich zu lesen, dass ein Arbeitsprogramm erfahrungsgemäss eine gute Wirkung zeige und die Situation der Sozialhilfeempfänger_innen verbessere.¹⁰¹⁴ Um diese Aussage zu stützen, wird gelegentlich auch auf BGE 130 I 71 verwiesen.¹⁰¹⁵
- 424 Besonders deutlich ist dies in einem Fall aus dem Kanton Zürich zu sehen, wo festgehalten wird: «Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts darf die Verpflichtung von Sozialhilfeleistungsbezüglern zur Teilnahme an Integrations- und Beschäftigungsprogrammen grundsätzlich als zumutbare Massnahme betrachtet werden, die geeignet ist, die Lage der gesuchstellenden Person zu verbessern. Das Bundesgericht hielt fest, bei der Stellensuche wirke sich die Teilnahme an Beschäftigungsprogrammen erfahrungsgemäss positiv aus, da gegenüber allfälligen Arbeitgebern ein Ausweis über geleistete Arbeit vorliege und allenfalls Referenzen angegeben werden könnten (BGE 130 I 71 E. 5.4).»¹⁰¹⁶ Aufgrund dieser Erwägung wurde auch die Basisbeschäftigung grundsätzlich als geeignet, die Lage der unterstützten Person zu verbessern, und – wie vom BGer dargelegt – als zumutbar

¹⁰¹³ VerwG AG, Urteil WBE2010.397 v. 19.04.2011, E. 5.2.

¹⁰¹⁴ Z.B. VerwG GR, Urteil U 08 100 v. 12.02.2009, E. 4a; VerwG SG, Urteil B 2010/234 v. 30.11.2010.

¹⁰¹⁵ Z.B. VerwG ZH, Urteil VB.2016.00434 v. 01.11.2016, E. 2.4 (in fine); VerwG ZH, Urteil VB.2015.00099 v. 26.03.2015, E. 2.3; VerwG ZH, Urteil VB.2014.00423 v. 18.11.2014, E. 3.5 und 5.1; siehe zu BGE 130 I 71 in diesem Kontext: N 387.

¹⁰¹⁶ VerwG ZH, Urteil VB.2014.00423 v. 18.11.2014, E. 3.5.

beurteilt. Es hätte in der Folge an der Beschwerdeführerin gelegen, eine geeignete Massnahme zu bezeichnen und somit die Unzumutbarkeit zu belegen.¹⁰¹⁷

In einem anderen Urteil erwog ebenfalls das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich mit Hinweis auf BGE 139 I 218, dass die Teilnahme an einem Arbeitsprogramm gem. der bundesgerichtlichen Rechtsprechung «ohnehin hauptsächlich der Förderung von ausserfachlichen Fähigkeiten wie Teamfähigkeit, Zuverlässigkeit und Pünktlichkeit» diene.¹⁰¹⁸ In der zitierten Bundesgerichtsrechtsprechung wurde ein Abklärungsprogramm behandelt; im Entscheid des Verwaltungsgerichts Zürich war jedoch ein Einsatz bei einer Sozialfirma zu beurteilen, wo der Beschwerdeführer bereits sieben Monate beschäftigt war. Auch hier wurde wiederum auf die gem. BGE 130 I 71, E. 5.4, «erfahrungsgemäss» positive Wirkung der Teilnahme an einem solchen Angebot verwiesen – selbst wenn nach sieben Monaten noch keine Integration in den ersten Arbeitsmarkt stattgefunden habe, sei die Massnahme nicht ungeeignet.¹⁰¹⁹

Zwar biete etwa eine unentgeltliche Tätigkeit auf dem ersten Arbeitsmarkt bessere Chancen zur Reintegration als eine (teilweise) entgeltliche in einem Beschäftigungsprogramm. Dies, selbst wenn dafür die unentgeltliche Tätigkeit im ersten Arbeitsmarkt, mit welcher auch Weiterbildungsmöglichkeiten verbunden seien, allenfalls eingeschränkt werden müsse.¹⁰²⁰ Auch wenn in einem konkreten Programm nur 10,2 % der Teilnehmer_innen die Reintegration gelinge, spräche dies nicht gegen die Verhältnismässigkeit der Weisung und die Zumutbarkeit einer Teilnahme an einem Programm.¹⁰²¹

Ein Einsatz in einem Programm wirke sich auch positiv aus, weil ein Ausweis über geleistete Arbeit vorliege und allenfalls Referenzen angegeben werden könnten.¹⁰²² Selbst wenn bereits mehrmals ohne Reintegrationserfolg an einem Programm teilgenommen wurde, spricht dies nicht gegen eine erneute Programmteilnahme.¹⁰²³

¹⁰¹⁷ VerwG ZH, Urteil VB.2014.00423 v. 18.11.2014, E. 5.1.

¹⁰¹⁸ VerwG ZH, Urteil VB.2016.00335 v. 28.09.2016, E. 4.1, m.H.a. BGE 139 I 219, E. 4.4.

¹⁰¹⁹ VerwG ZH, Urteil VB.2016.00335 v. 28.09.2016, E. 4.1.

¹⁰²⁰ VerwG ZH, Urteil VB.2014.00122 v. 05.11.2014, E. 3.4.

¹⁰²¹ VerwG ZH, Urteil VB.2017.00253 v. 04.09.2017, E. 4.2.

¹⁰²² VerwG TG, Urteil TVR 2015 Nr. 23 v. 25.02.2015, E. 2.6; VerwG SO, Urteil VWBES.2007.320 v. 05.11.2007, E. II.4.C.

¹⁰²³ VerwG SG, Urteil B 2010/234 v. 30.11.2010, E. 3.2; VerwG TG, Urteil TVR 2010 Nr. 20 v. 17.02.2010.

- 428 Eine konkrete Auseinandersetzung mit den Zielen des jeweiligen Programms erfolgt nur selten.¹⁰²⁴ Hervorzuheben ist hier die Rechtsprechung des Kantons Bern zu den Testarbeitsplätzen, die vor BGE 139 I 218 erging und in welcher sich das VerwG BE jeweils relativ ausführlich zu den Zielen eines Testarbeitsplatzes äussert (siehe bereits N 332).¹⁰²⁵ In einem Fall wurde die Notwendigkeit des TAP damit begründet, dass an der Arbeitsmotivation Zweifel bestanden hätten, da sich der Beschwerdeführer auf unrealistische Stellen beworben habe. Zudem werde ein Entgelt geboten und somit die Möglichkeit, für sich selber zu sorgen.¹⁰²⁶ Andernorts wurde der Einsatz, nachdem Zweifel über allfällig ausgeführte Schwarzarbeit beseitigt waren, damit begründet, dass der Einsatz zur Klärung der beruflichen Fähigkeiten und der Bereitschaft zur Aufnahme einer zumutbaren Arbeit notwendig sei.¹⁰²⁷ Das Argument des Beschwerdeführers, dem Einsatz komme ein Strafcharakter zu und er sei von Beginn weg nicht als Eingliederungsmassnahme konzipiert gewesen, wurde nicht gehört. Auch sein Einwand, die Arbeit sei nicht zumutbar, da sie nicht qualifizierend wirke, verfiel nicht.¹⁰²⁸ In der späteren Rechtsprechung wird jeweils lediglich festgehalten, es handle sich in erster Linie um eine Abklärungsmassnahme und weil der betroffenen Person eine existenzsichernde Entscheidung ausgerichtet werde, sei es darüber hinaus ein konkretes Arbeitsangebot.¹⁰²⁹
- 429 Personen, die argumentierten, die konkret angeordnete Massnahme sei für sie nicht geeignet, um etwas zur beruflichen Integration beizutragen, blieben soweit ersichtlich mit ihren Beschwerden erfolglos. Dabei machen verschiedene Beschwerdeführer_innen geltend, insbesondere in Anbetracht ihrer Qualifikationen sei ein niederschwelliges Programm, in welchem z.B. Unkraut beseitigt wird, nicht geeignet, sie näher an den Arbeitsmarkt zu führen.¹⁰³⁰

¹⁰²⁴ Ähnlich auch WIZENT, Sozialhilferecht, N 846 f., der die Rechtsprechung als zu unkritisch sieht und fordert, dass verstärkt geprüft werden sollte, ob das Beschäftigungsprogramm geeignet und erforderlich sei, um das angestrebte Ziel zu erreichen.

¹⁰²⁵ Siehe etwa: VerwG BE, Urteil 100.2012.59U v. 04.12.2012, E. 2.2; VerwG BE, Urteil 100.2011.428Ua v. 18.10.2012, E. 2.2 ff.

¹⁰²⁶ VerwG BE, Urteil 100.2011.428Ua v. 18.10.2012, E. 5.4.

¹⁰²⁷ VerwG BE, Urteil 100.2012.59U v. 04.12.2012, E. 5.4.

¹⁰²⁸ VerwG BE, Urteil 100.2012.59U v. 04.12.2012, E. 5.2.

¹⁰²⁹ VerwG BE, Urteil 200 16 361 v. 22.09.2016, E. 2.2.3; VerwG BE, Urteil 200 14 178 SH v. 11.09.2014, E. 3.2; jeweils mit Hinweis auf VerwG BE, Urteil 100.2011.428Ua v. 18.10.2012.

¹⁰³⁰ KG FR, Urteil 603 2008 32 v. 04.07.2008.

D. Zwischenfazit

In der Rechtsprechung des Bundesgerichts finden sich viele Verallgemeinerungen und keine klaren Leitlinien dafür, welche Arbeiten in einem sozialhilferechtlichen Kontext zumutbar sind und welche nicht. Es wird einerseits Art. 16 AVIG hilfsweise zur Definition herangezogen. Andererseits wird klar, dass auch eine Abweichung von diesen Kriterien zum einen dann möglich ist, wenn die kantonale Gesetzgebung andere Kriterien aufstellt, und zum anderen weicht das Bundesgericht selber implizit von Art. 16 AVIG ab. Dies wird insbesondere dann deutlich, wenn betrachtet wird, welche Entlohnung in einem sozialhilferechtlichen Beschäftigungsprogramm zumutbar ist, dass etwa auch eine unterfordernde Tätigkeit akzeptiert werden muss und nicht auf die bisherige Ausbildung oder Tätigkeit Rücksicht genommen werden muss. 430

Auch in der Rechtsprechung der Kantone werden sowohl objektive als auch subjektive Kriterien thematisiert. Objektive Faktoren werden teilweise als irrelevant eingestuft, was insbesondere im Bereich der Arbeitsbedingungen beobachtet werden kann. Subjektive Faktoren, wie z.B. das (hohe) Alter, können auch für die Zumutbarkeit sprechen. Besonders unklar scheint, welche gesundheitlichen Gründe vorgebracht werden können. Denn gerade eine Arbeitsunfähigkeit hindert eine Person nicht an einer Arbeit in einem Programm, die sie in die Lage versetzt, für sich selber zu sorgen, und deren Ablehnung dazu führt, dass kein Anspruch auf Unterstützung mehr besteht. Es ist also unklar, wie eine gesundheitliche Einschränkung zu beweisen ist. 431

Ein Punkt, der besonders hervorzuheben ist, sind die Reintegrationschancen. Das Bundesgericht geht davon aus, dass eine Programmteilnahme die Situation der Betroffenen generell verbessert. Diese Haltung widerspiegelt sich in der Rechtsprechung der Kantone. Statistisch ausgewiesene schlechte Reintegrationswirkungen sprechen zudem nicht zwingend für eine schlechte Zweck-Mittel-Relation und damit gegen die Zumutbarkeit einer Arbeit. Vielmehr wird auch bei schlechten Leistungsausweisen eines Programms dessen Zumutbarkeit nicht verneint, da es auch anderen Zielen als der Integration dienen könne, etwa der Vermittlung von Tagesstruktur. 432

Insgesamt scheint es in der Rechtsprechung tatsächlich zu einer Verkürzung der Zumutbarkeitsprüfung einer Teilnahme an einem Beschäftigungsprogramm zu kommen. Relevant ist lediglich, ob eine Person «objektiv in der Lage»¹⁰³¹ ist, an 433

¹⁰³¹ BGE 142 I 1, E. 7.2.2; BGE 139 I 218, E. 3.3.

einem Programm teilzunehmen. Ist dies zu bejahen, ist eine Programmteilnahme zumutbar. Diese pauschalisierende Praxis führt zur Frage, inwiefern das Individualisierungsprinzip berücksichtigt wird. Mit SCHALLER SCHENK ist davon auszugehen, dass eine nähere Betrachtung aller individueller Umstände zumindest zu einer (leichten) Änderung der bisherigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung führen würde.¹⁰³²

- 434 Zu einer Differenzierung kommt es hinsichtlich der möglichen Folgen einer verweigerten Teilnahme: Ein Ausschluss aus der Anspruchsberechtigung der Sozial- und Nothilfe ist nur dann möglich, wenn ein Lohn, der mindestens der Nothilfe entspricht, geboten wird. Darüber hinaus scheinen die Arbeitsbedingungen, sowohl die Entlöhnung als auch die mit einer Anstellung verbundene soziale Sicherheit oder Fragen der Arbeitssicherheit, nicht in die Zumutbarkeitsprüfung einzufließen.

VIII. Zusammenfassung Kapitel 3

- 435 Kapitel 3 hat die *Diversität der kantonalen Regelungen* in Bezug auf die Verpflichtungen, an einem Arbeitsprogramm teilzunehmen, aufgezeigt. Grundsätzlich besteht eine *Pflicht zur Teilnahme an Programmen* und diese kann mittels *Sanktionsandrohungen* durchgesetzt werden.
- 436 Die Rechtsprechung trug dazu bei, der aktivierenden Sozialhilfepolitik zum Durchbruch zu verhelfen. Dies insofern, als der Anspruch auf die Leistungen aus Art. 12 BV und nach kantonalem Sozialhilferecht von der Teilnahme an einem (zumutbaren) Beschäftigungsprogramm abhängig gemacht werden kann. Mit dieser *Verbindung der Teilnahme an einem Beschäftigungsprogramm mit den Anspruchsvoraussetzungen der Sozial- und Nothilfe verlieren beide Leistungen ihre dekommodifizierende Wirkung und es kann damit ein strenges Workfare-Regime durchgesetzt werden*: Anspruch auf Leistungen hat nur, wer arbeitet. Dies ist allerdings kaum klar in den gesetzlichen Grundlagen festgehalten. Mit anderen Worten sind die Anspruchsvoraussetzungen nicht eindeutig und unmissverständlich in den gesetzlichen Grundlagen verankert. Diese starke Rekommodifizierung beruht wesentlich auf der (bundesgerichtlichen) Rechtsprechung.

¹⁰³² SCHALLER SCHENK, S. 122.

Weiter wurde festgestellt, dass die meisten kantonalen Rechtsgrundlagen die *Ausgestaltung* oder die Typologie von Beschäftigungsprogrammen *nicht detailliert* regeln. Im Kanton Waadt kommt es diesbezüglich zu einer gewissen Differenzierung, da einerseits vermittlungsfähige Personen dem AVIG unterstellt und durch das RAV betreut werden und andererseits das kantonale Sozialhilfegesetz gesetzliche Grundlagen vorsieht, die etwa die verschiedenen Programmtypen, wie z.B. die *«Emploi de durée déterminée»*, gesetzlich verankern. Ein Programm aus dem Kanton Waadt sowie je ein Programm aus den Kantonen Bern und Uri wurden in Abschnitt V detaillierter vorgestellt. Dies zeigte exemplarisch die bestehende *grosse Vielfalt auf Stufe der Programme*. Diese Vielfalt betrifft die Rechte und Pflichten der Programmteilnehmer_innen in grundlegender Weise und berührt etwa die Entlohnung oder die Versicherung der Teilnehmer_innen. 437

Begrenzt wird die Pflicht, an einem Beschäftigungsprogramm teilzunehmen, durch den *Begriff der Zumutbarkeit*: Generell muss nur geleistet werden, was zumutbar ist. Diesbezüglich wurden in Abschnitt VI unterschiedliche Regelungsansätze der Kantone dargestellt. In einigen Kantonen wird der Begriff der Zumutbarkeit resp. der zumutbaren Arbeit im Zusammenhang mit sozialhilferechtlichen Beschäftigungsprogrammen gar nicht weiter umschrieben. Gewisse Gesetze umschreiben kasuistisch, was zumutbare Arbeit ist, wozu wiederum insbesondere der Kanton Waadt zu zählen ist, der zumindest teilweise auf die einschlägigen Bestimmungen des AVIG verweist. Im Kanton Bern ist alles zumutbar, was nicht aus gesundheitlichen Gründen oder aufgrund von Betreuungsaufgaben nicht zumutbar ist. 438

Schliesslich wurde in Abschnitt VII untersucht, was die bundesgerichtliche Rechtsprechung und diejenige der Kantone zur Definition der Zumutbarkeit im sozialhilferechtlichen Kontext beitragen. Dabei wurde festgestellt, dass der *Rechtsprechung derzeit keine klaren Kriterien* entnommen werden können. Zwar gilt eine Arbeit in einem Programm dann als unzumutbar, wenn *gesundheitliche Gründe* dagegensprechen. Allerdings ist kaum klar, wie der Gesundheitszustand zu beweisen ist. Auch weitere subjektive Gründe fanden kaum Einfluss in die Rechtsprechung. Folglich *ist verpflichtet, an einem Programm teilzunehmen, wer dazu objektiv in der Lage ist*. Dies scheint – insbesondere in der Rechtsprechung des Bundesgerichts – *ungeachtet der konkreten Ziele* eines Einsatzes zu gelten. 439

Fazit Teil I und Ausblick

- 440 *Existenzsicherung und Arbeit* sind im schweizerischen Sozialsystem *eng miteinander verbunden*. Die Erwartung, in Ausübung der Selbstverantwortung am Arbeitsleben teilzunehmen, ist gross und wurde für Sozialleistungsempfänger_innen seit Mitte der 90er Jahre durch rekommodifizierende Reformen des Sozialsystems verstärkt. Dabei wurde auch die *Erwartung* eingeführt, *eine Arbeit ausserhalb des ersten Arbeitsmarktes in Eingliederungsmassnahmen und Beschäftigungsprogrammen der Sozialversicherungen und insbesondere der Sozialhilfe auszuführen*.
- 441 In jedem Arbeitsverhältnis sind *gewisse Zumutungen auszuhalten*. Diese werden in einem Arbeitsverhältnis nach OR durch diverse Schutzbestimmungen abgeschwächt. In den Eingliederungsmassnahmen der Sozialversicherungen gilt zwar grundsätzlich, dass diese im Sinne der Schadenminderungspflicht angenommen werden müssen; aber was nicht zumutbar ist, muss nicht geleistet werden. Dabei haben Empfänger_innen von Sozialversicherungsleistungen auch steigenden Erwartungen an die Eigenverantwortung zu genügen.
- 442 Hier wurde schliesslich die Frage untersucht, welche Erwartungen an Sozialhilfeempfänger_innen gestellt werden und welche Arbeit sie zu leisten bereit sein müssen, um weiterhin (ungekürzte) Sozialhilfeleistungen beziehen zu können. Dies hat gezeigt, dass im Sinne des *Subsidiaritätsprinzips zumutbare Selbsthilfe den Leistungen der Sozialhilfe vorgeht*. Dasselbe gilt für die verfassungsrechtlich gesicherte Hilfe in Notlagen gem. Art. 12 BV. Die Teilnahme an einem sozialhilferechtlichen Beschäftigungsprogramm ist in diesem Sinne Ausdruck der Pflicht zur zumutbaren Selbsthilfe und zur Minderung der eigenen Bedürftigkeit. Dabei ist teilweise unklar, inwiefern sich die Regeln zum Bezug von Sozial- und von Nothilfe tatsächlich decken und wo Differenzierungen in Anbetracht des grundrechtlichen Kerngehaltsschutzes von Art. 12 BV (dringend) notwendig sind.¹⁰³³
- 443 Vorliegend wurde nach *Bestimmungen* gesucht, *die Sozialhilfeempfänger_innen vor wirtschaftlichem und sozialem Machtmissbrauch* der stärkeren Partner_in und den Zumutungen des Arbeitens in sozialhilferechtlichen Beschäftigungsverhältnissen schützen. Dieser *Schutz* bleibt gestützt auf die Analyse der aktuellen gesetzlichen Grundlagen und der Gerichts- und Verwaltungspraxis *vage*. Es ist kaum normiert, welche genauen Pflichten bestehen oder wie ein Programmeinsatz ausgestaltet ist. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts und der kantonalen Gerichte

¹⁰³³ So bereits: HÄNZI, S. 87.

ist in Bezug auf die Frage, was zumutbare Arbeit ist, *verallgemeinernd*. Die Unzumutbarkeit wird darauf reduziert, dass eine Programmteilnahme nur dann nicht zumutbar ist, wenn jemand *objektiv nicht in der Lage* ist, an einem Programm teilzunehmen. Dadurch wird die *Asymmetrie im Machtverhältnis* zwischen der Sozialhilfeempfänger_in und der Behörde noch ausgeprägter. Die Modalitäten einer Aktivierung werden im Wesentlichen durch die Sozialhilfebehörde bestimmt.¹⁰³⁴

Insbesondere wurde festgestellt, dass die Teilnahme an einem Beschäftigungsprogramm eine Anspruchsvoraussetzung für die Leistungen gem. Art. 12 BV und gem. dem kantonalen Sozialhilferecht ist, was – obwohl gesetzlich kaum verankert – zur Durchsetzung eines klaren *Workfare-Ansatzes* führt: *Nur wer für die Sozialleistungen arbeitet, erhält sie auch*. Das heisst, das Ausführen einer Arbeitsleistung gilt als Bedingung für die Unterstützung des letzten sozialen Sicherungsnetzes und ein disziplinierender Charakter insbesondere der Abklärungsplätze im Kanton Bern kann kaum verneint werden. 444

Diese Praxis basiert auf der (bundes-)gerichtlichen Auslegung des Subsidiaritätsprinzips. Mithin kann festgehalten werden: «Die Gefahr, die dem Anspruch auf Sozialhilfe (...) droht, hält in der Praxis auch hier über die «Hintertür» der Subsidiarität Einzug.»¹⁰³⁵ Dies führt zu vermehrten Spannungen mit (anderen) Strukturprinzipien des Sozialhilferechts und *stellt das finale Sicherungssystem der Not- und Sozialhilfe an sich in Frage*. Die sozialhilferechtlichen Grundprinzipien (N 162 ff.) würden zwar verschiedentlich eine sorgfältig(er)e Abwägung gebieten, aber eine Lösung dieser Konflikte über die anderen Grundprinzipien scheint nicht möglich, da diese normativ gleichberechtigt sind. 445

Sozialhilferechtliche Gesetzgebung und Praxis können nicht isoliert betrachtet werden. Sie sind über eine *systematische Auslegung* mit übergeordnetem Recht zu vernetzen.¹⁰³⁶ Daher werden im Nachfolgenden übergeordnete Wertungsentscheidungen des Verfassungs- und Völkerrechts einbezogen und vor allem *drei Fragen* vertieft weiterverfolgt: 446

- Ist die *Auslegung des Subsidiaritätsprinzips* nach Art. 12 BV und dem kantonalen Sozialhilferecht, wonach die Teilnahme an einem (entlöhnten) Beschäftigungsprogramm eine Anspruchsvoraussetzung für die Mittel, die ein men-

¹⁰³⁴ Vgl. auch: DE LE COURT, S. 50.

¹⁰³⁵ WIZENT, S. 216 mit Hinweis auf einen Fall, in welchem einer Person in Zweitausbildung mit Verweis auf die «eigenen Kräfte» keine Sozialhilfe gewährt wurde.

¹⁰³⁶ COULLERY, Verfassungsanspruch, N 33.

schenwürdiges Dasein resp. ein soziales Existenzminimum sichern sollen, mit dem übergeordneten Recht vereinbar?

- Welche Konsequenzen hat dies für die *Idee von Leistung und Gegenleistung*, die in den gesetzlichen Grundlagen und der Praxis vage bleibt?
- Ist die *restriktive Definition der zumutbaren Arbeiten* in einem sozialhilfe-rechtlichen Beschäftigungsverhältnis, wonach nur unzumutbar ist, wenn jemand objektiv nicht in der Lage ist, an einem Programm teilzunehmen, mit dem übergeordneten Recht vereinbar oder sind zusätzliche Kriterien hinzuzuziehen?

Teil II:
**Verfassungs- und
völkerrechtliche Analyse**

Kapitel 4 Bedeutung der nationalen und internationalen Arbeits- und Sozialverfassung

I. Einleitung

Im Verfassungs- und Völkerrecht findet sich eine Vielzahl von Normen, die sich mit der sozialen Sicherheit und der Arbeit befassen. Auf internationaler Ebene spricht bereits die AEMR in Art. 22 und 23 wesentliche Grundsätze an. Gemäss Art. 22 AEMR hat jeder Mensch das Recht auf soziale Sicherheit. Art. 23 AEMR handelt in Abs. 1 von den Rechten auf Arbeit, auf freie Berufswahl, auf angemessene und befriedigende Arbeitsbedingungen sowie auf Schutz gegen Arbeitslosigkeit. Des Weiteren wird ein Recht auf gleichen Lohn für gleiche Arbeit sowie auf angemessene und befriedigende Entlohnung, die eine Existenz in Würde sichert, festgehalten. 447

Internationale Abkommen der UNO und der ILO konkretisieren diese Rechte. Namentlich zu erwähnen sind die Art. 6, 7, 9 und 11 des UN-Pakts I über die wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte, die das Recht auf Arbeit (Art. 6) zu günstigen und gerechten Bedingungen (Art. 7) sowie das Recht auf Soziale Sicherheit (Art. 9) und einen angemessenen Lebensstandard (Art. 11) festhalten. Das ILO-Übereinkommen Nr. 29 zum Verbot der Zwangsarbeit ist, nebst anderen ILO-Normen, die das Ziel verfolgen, dass Arbeit zu würdigen Bedingungen stattfindet und nicht als Ware gehandelt wird, zu erwähnen. 448

Auch regionale Menschenrechtsschutzinstrumente sind relevant. So hat das in Art. 8 EMRK festgehaltene Recht auf Privat- und Familienleben einen Einfluss auf das Arbeitsrecht, da der Schutz des Privatlebens sich auf die Arbeitswelt erstreckt.¹⁰³⁷ Auf Ebene des Europarates finden sich soziale Grundrechte zudem in der Europäischen Sozialcharta (ESC). Diese Normen des UN-Paktes I, der ILO 449

¹⁰³⁷ Siehe bereits N 107.

und der EMRK sowie der ESC können als Weltarbeitsverfassung resp. als Weltsozialverfassung bezeichnet werden.¹⁰³⁸

- 450 Die soziale Dimension der BV ist in der Präambel, im Zweckartikel (Art. 2), im bereits mehrfach erwähnten Art. 12 und in den sozialrechtlichen Kompetenzartikeln zu erkennen. Zur Arbeitsverfassung gehören z.B. die grundrechtlich geschützte Berufswahl- und Koalitionsfreiheit (Art. 27 und 28 BV), aber auch Art. 110 BV, wonach der Bund u.a. die Kompetenz hat, Vorschriften zum Schutz der Arbeitnehmer_innen zu erlassen. Elemente, die sowohl der Arbeits- als auch der Sozialverfassung zuzuordnen sind, enthalten die Sozialziele in Art. 41 BV. Grundlage aller menschenrechtlichen Garantien ist die Menschenwürde, was nicht nur Art. 7 BV als Anfangspunkt des Grundrechtskatalogs der BV zum Ausdruck bringt, sondern auch die Präambeln der UN-Pakte und die Rechtsprechung des EGMR.¹⁰³⁹
- 451 In den nachfolgenden Kapiteln wird die Bedeutung dieser Normen für die Beurteilung der Zumutbarkeit einer Arbeit im sozialhilferechtlichen Kontext analysiert. Untersucht wird, ob sich daraus Kriterien ergeben, die im Sinne einer völker- und verfassungskonformen Auslegung des kantonalen Sozialhilferechts und des Rechts auf Hilfe in Notlagen gem. Art. 12 BV zu berücksichtigen sind. Insbesondere wird nach der grund- und menschenrechtskonformen Auslegung des Begriffs der zumutbaren Arbeit gesucht und überprüft, ob die in Teil I dargestellte Praxis diesen Vorgaben entspricht und wo allfällige Probleme der Rechtsprechung liegen.
- 452 Um diese Frage beantworten zu können, ist zunächst im vorliegenden Kapitel zu klären, in welchem Verhältnis sich Landesrecht und Völkerrecht begegnen (II), welche staatlichen Verpflichtungen und individuellen Ansprüche sich aus verfassungs- und völkerrechtlichen Normen ergeben können und wie diese durchgesetzt und eingeschränkt werden können (III). Schliesslich ist zu klären, was dies im Kontext von sozialhilferechtlichen Beschäftigungsprogrammen bedeutet (IV).

¹⁰³⁸ Siehe zum Begriff «Weltarbeitsverfassung»: PÄRLI, Kündigungsschutz, S. 1542.

¹⁰³⁹ MASTRONARDI, St. Galler Kommentar, N 6 zu Art. 7 BV; BELSER/MOLINARI, BSK-BV, N 30 f. zu Art. 7 BV.

II. Verhältnis von Landesrecht und Völkerrecht

A. Relevante Fragen

Um beurteilen zu können, welche materiellen Vorgaben das internationale Recht für die Ausgestaltung von zumutbaren sozialhilferechtlichen Beschäftigungsprogrammen macht, sind die folgenden Fragen zu klären: 453

- Wie wird das Völkerrecht innerstaatlich verbindlich (B)?
- Welchen innerstaatlichen Rang genießt das Völkerrecht und wie sind allfällige Konflikte mit dem Landesrecht zu lösen (C)?
- Sind völkerrechtliche Verpflichtungen unmittelbar anwendbar, also können sich Private vor Gericht direkt darauf stützen (D)?¹⁰⁴⁰

B. Innerstaatliche Verbindlichkeit

Die innerstaatliche Verbindlichkeit des Völkerrechts beurteilt sich in der Schweiz nach dem monistischen System. Nach dieser Auffassung werden völkerrechtliche Verträge mit ihrer Ratifizierung Bestandteil des Landesrechts.¹⁰⁴¹ Entgegen einer dualistischen Auffassung ist keine Überführung des Völkerrechts ins Landesrecht mittels eines Transformationsgesetzes notwendig.¹⁰⁴² Das Landesrecht und das Völkerrecht bilden in der Schweiz eine Einheit.¹⁰⁴³ Mit der Ratifikation eines Staatsvertrages verpflichtet sich die Schweiz, diesen nach Treu und Glauben zu erfüllen.¹⁰⁴⁴ Der Monismus ist jedoch ein gemässigter, da trotz des Vorrangs des Völkerrechts Konflikte zwischen den beiden Rechtsquellen nicht ausgeschlossen sind (siehe N 456).¹⁰⁴⁵ 454

¹⁰⁴⁰ Vgl. PÄRLI, Einwirkungen, N 1056; Reihenfolge abgeändert durch die Autorin und unter Ausschluss der Frage nach der Drittwirkung; siehe dazu unten N 469.

¹⁰⁴¹ EPINEY, BSK-BV, N 77 zu Art. 5 BV.

¹⁰⁴² TSCHUMI/SCHINDLER, St. Galler Kommentar, N 66 zu Art. 5 BV.

¹⁰⁴³ HÄFELIN ET AL., N 1913; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, N 3612; PÄRLI, Einwirkungen, N 1060 f.

¹⁰⁴⁴ HÄFELIN ET AL., N 1917, m.H.a. Art. 26, 27 und 46 WVK.

¹⁰⁴⁵ Bericht des Bundesrates, Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht, in Erfüllung des Postulats 07.3764 der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates vom 16. Oktober 2007 und des Postulats 08.3765 der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates vom 20. November 2008, BBl 2010 2263, 2287.

- 455 Auch ohne Ratifikation verbindlich ist völkerrechtliches Gewohnheitsrecht, sofern sich die Schweiz nicht beharrlich der Regel widersetzt.¹⁰⁴⁶ Dass Menschenrechte gewohnheitsrechtlich gelten können, ist anerkannt. Nicht restlich geklärt ist hingegen, welche konkreten Rechte zum Völkergewohnheitsrecht gehören. Die Verbote des Genozids, der Sklaverei und des Sklavenhandels sowie der Folter oder anderer grausamer, unmenschlicher und erniedrigender Behandlung oder Bestrafung gehören aber zum Völkergewohnheitsrecht.¹⁰⁴⁷

C. Rang des Völkerrechts

- 456 Bei Konflikten zwischen Völker- und Landesrecht ist nicht unmittelbar klar, welches Recht vorgeht.¹⁰⁴⁸ Zur Bestimmung des Rangs des Völkerrechts und zur Lösung allfälliger Konflikte mit dem Landesrecht ist auf Art. 5 Abs. 4 BV und Art. 190 BV abzustützen. Demnach beachten Bund und Kantone das Völkerrecht (Art. 5 Abs. 4 BV). Zudem sind Völkerrecht und Bundesgesetze für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden massgebend (Art. 190 BV). Aufgrund dieser gleichrangigen Erwähnung von Bundesgesetzen und Völkerrecht ist unklar, wie ein Konflikt zwischen diesen beiden Quellen zu lösen ist. Grundsätzlich ist aber vom Vorrang des Völkerrechts auszugehen, v.a. wenn es sich um menschenrechtliche Verpflichtungen handelt.¹⁰⁴⁹
- 457 Für die vorliegende Arbeit ist dieser Konflikt (Gesetz vs. Völkerrecht) kaum relevant, da sie sich v.a. mit kantonalem Gesetzesrecht auseinandersetzt. Dass ratifiziertes Völkerrecht dem kantonalen Recht vorgeht und kantonales Recht, das Völkerrecht widerspricht, nicht angewendet werden kann, ist unumstritten. Dies ergibt sich nicht in erster Linie aus Art. 5 Abs. 4 BV oder Art. 190 BV, sondern

¹⁰⁴⁶ MEDICI, S. 24.

¹⁰⁴⁷ Vgl. ausführlicher KÄLIN/KÜNZLI, N 2.111.

¹⁰⁴⁸ TSCHUMI/SCHINDLER, St. Galler Kommentar, N 66 zu Art. 5 BV; die sog. Selbstbestimmungsinitiative, die auf den grundsätzlichen Vorrang des Landesrechts vor Völkerrecht hinwirken wollte, wurde von Volk und Ständen in der Abstimmung vom 25. November 2018 verworfen.

¹⁰⁴⁹ EPINEY, BSK-BV, N 95 zu Art. 5 BV; HÄFELIN ET AL., N 1926; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, N 3615 allgemein zum Grundsatz des Vorrangs des Völkerrechts; siehe dazu auch: BGE 99 Ib 39 (Schubert-Praxis); BGE 122 II 234, E. 4e; BGE 125 II 417, E. 4d (sog. PKK-Rechtsprechung); BGE 139 I 16, E. 5.1 (EMRK und Ausschaffungsinitiative), sowie BGE 142 II 35, E. 3.3 (FZA und Masseneinwanderungsinitiative).

aus Art. 49 Abs. 1 BV, wonach Bundesrecht entgegenstehendem kantonalem Recht vorgeht. Im Sinne dieser Bestimmung gilt auch das Völkerrecht als Bundesrecht.¹⁰⁵⁰

In jüngerer Zeit wurde aufgrund verschiedener Volksinitiativen¹⁰⁵¹ die Frage nach dem Verhältnis der Bundesverfassung zum Völkerrecht relevant;¹⁰⁵² ein Verhältnis, das auch vorliegend relevant ist, wenn festgestellt werden soll, ob (die Auslegung von) Art. 12 BV völkerrechtskonform ist. Diesbezüglich gilt, dass die Normen des zwingenden Völkerrechts allenfalls widersprechendem Verfassungsrecht vorgehen. Diese bilden auch eine Schranke der Verfassungsrevision (vgl. Art. 193 Abs. 4 und Art. 194 Abs. 2 BV).¹⁰⁵³ Das Bundesgericht hat zudem in einem *obiter dictum* festgehalten, dass eine jüngere Verfassungsnorm hinter den menschenrechtlichen Schutz der EMRK zurückzutreten habe.¹⁰⁵⁴ Der EMRK kommt also Verfassungsrang zu, selbst wenn die BV mit ihr in Konflikt steht.¹⁰⁵⁵ Insbesondere könne eine Verfassungsnorm nicht dazu führen, dass eine Interessenabwägung schematisierend und ohne Berücksichtigung der zur Beurteilung eines Eingriffs in ein EMRK-Recht erforderlichen Aspekte durchgeführt werde.¹⁰⁵⁶

¹⁰⁵⁰ TSCHUMI/SCHINDLER, St. Galler Kommentar, N 76 zu Art. 5 BV; HÄFELIN ET AL., N 1928; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, N 3636.

¹⁰⁵¹ Zu nennen sind vor allem die Minarettinitiative (Art. 72 Abs. 3 BV), die Ausschaffungsinitiative (Art. 121 Abs. 3–5 BV und die zahlreichen Literaturhinweise in BGE 139 I 16, E. 4.1) und die sogenannte Masseneinwanderungsinitiative (Art. 121a BV).

¹⁰⁵² HÄFELIN ET AL., N 1921; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, N 3588a.

¹⁰⁵³ BGE 139 I 16, E. 5.2.1; HÄFELIN ET AL., N 1922; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, N 3616; siehe DIES., N 3595 ff., zum an sich umstrittenen Begriff des zwingenden Völkerrechts.

¹⁰⁵⁴ BGE 139 I 16, E. 5.1; siehe kritisch zu diesem Urteil: BIAGGINI GIOVANNI, Über die Auslegung der Bundesverfassung und ihr Verhältnis zur EMRK, ZBl 114/2013, S. 316–337; dieses Urteil hat nicht unwesentlich die Lancierung der – an der Urne verworfenen – sog. «Selbstbestimmungsinitiative» beeinflusst, mit welcher das Verhältnis zwischen Völker- und Landesrecht grundlegend geändert worden wäre, siehe dazu etwa: KELLER HELEN/BALAZS-HEGEDÜS NATALIE, Paradigmenwechsel im Verhältnis von Landesrecht und Völkerrecht, AJP 6/2016, S. 712–724; KELLER HELEN/WEBER YANNICK, Folgen für den Grundrechtsschutz und verfassungsrechtliche Gültigkeit der «Selbstbestimmungsinitiative», AJP 8/2016, S. 1007–1023; MÜLLER JÖRG PAUL/THÜRER DANIEL, Landesrecht vor Völkerrecht?, ZSR 134 (2015), S. 3–20.

¹⁰⁵⁵ RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, N 3644.

¹⁰⁵⁶ BGE 139 I 16, E. 5.3.

- 459 Damit die Anwendung dieser – nicht unumstrittenen¹⁰⁵⁷ – Konfliktregeln gar nicht erst notwendig wird, ist das innerstaatliche Recht, wenn möglich, völkerrechtskonform auszulegen.¹⁰⁵⁸ Dies betrifft das ganze Landesrecht, also auch die Verfassung. So wurden drohende Konflikte etwa vermieden, indem der Schutzbereich einer Norm der BV und jener des Völkerrechts (in casu: der EMRK) als äquivalent ausgelegt wurden.¹⁰⁵⁹ Ein Konflikt zwischen dem FZA und der BV konnte vermieden werden, da es der betreffenden Verfassungsnorm an der direkten Anwendbarkeit fehlte. Jedoch hielt das Bundesgericht auch hier in einem *obiter dictum* fest, dass im Falle eines Konflikts das FZA Vorrang hätte.¹⁰⁶⁰
- 460 Gerade bei der Auslegung von unbestimmten Rechtsbegriffen kommt der völkerrechtskonformen Auslegung eine wichtige Bedeutung zu. Wie bereits gesehen, gilt dasselbe für die Interessenabwägung bei der Beurteilung der Verhältnismässigkeit einer Massnahme. Die völkerrechtskonforme Auslegung des Landesrechts kann als mildestes Mittel der Rechtsanwendung angesehen werden, um die Einhaltung völkerrechtlicher Verpflichtungen sicherzustellen.¹⁰⁶¹ Eine (verfassungs- und) völkerrechtskonforme Auslegung der Normen fördert und betont den inneren Zusammenhang zwischen allen staatlichen Rechtsnormen.¹⁰⁶²

D. Unmittelbare Anwendbarkeit

- 461 Die Frage nach der unmittelbaren Anwendbarkeit (self-executing) des Völkerrechts – die auch bei Verfassungsnormen zu beantworten ist¹⁰⁶³ – berührt ebenfalls die Frage, welches staatliche Organ für die Umsetzung einer völkerrechtlichen Verpflichtung der Schweiz zuständig ist: Ist massgeblich die Legislative angesprochen und hat sie die Verpflichtungen mittels Gesetzgebung umzusetzen? Oder sind die rechtsanwendenden Behörden direkt angesprochen und können sich Private daher direkt vor Gericht auf die Normen stützen?¹⁰⁶⁴

¹⁰⁵⁷ Siehe dazu die Hinweise bei EPINEY, BSK-BV, N 94 zu Art. 5 BV.

¹⁰⁵⁸ RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, N 3619.

¹⁰⁵⁹ BGE 133 I 98, E. 2.1.

¹⁰⁶⁰ BGE 142 II 35, E. 3.3; vgl. auch: RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, N 3643b.

¹⁰⁶¹ WÜGER, S. 53.

¹⁰⁶² BGE 116 Ia 359, E. 5c; HÄFELIN ET AL., N 148.

¹⁰⁶³ Siehe dazu: WÜGER, S. 48 f.

¹⁰⁶⁴ Vgl. KRADOLFER, Justiziabilität, S. 532 f.; MEDICI, S. 39.

Das Bundesgericht geht im Grundsatz davon aus, dass eine Norm direkt anwendbar (self-executing) ist, «wenn die Bestimmung inhaltlich hinreichend bestimmt und klar ist, um im Einzelfall Grundlage eines Entscheides zu bilden. Die Norm muss mithin justiziabel sein, d.h. es müssen die Rechte und Pflichten des Einzelnen umschrieben und der Adressat der Norm die rechtsanwendenden Behörden sein.»¹⁰⁶⁵ Die Anwendung dieser Grundsätze – insbesondere in Bezug auf wirtschaftliche, soziale Menschenrechte umstritten – hängt mitunter mit den Verpflichtungsdimensionen der einzelnen Rechte zusammen und bedarf nachfolgend einer detaillierten Klärung (siehe N 500 ff.). 462

III. Grundsätzliches zu den Verpflichtungen aus Menschen- und Grundrechten

A. Verpflichtungsdimensionen

1. Von der Dichotomie zur Unteilbarkeit

(Mindestens) bis Ende der achtziger Jahre herrschte das Bild vor, dass es grundsätzlich zwei verschiedene Arten von Menschenrechten gäbe, nämlich auf der einen Seite bürgerliche und politische Rechte und auf der anderen Seite wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte.¹⁰⁶⁶ Während erstere ausschliesslich als Abwehrrechte verstanden wurden, wurden letztere ausschliesslich als Leistungspostulate mit rein programmatischem Charakter gesehen.¹⁰⁶⁷ 463

Hinzu kam eine dritte Generation, die etwa das Selbstbestimmungsrecht der Völker beinhaltet, aber hier nicht weiter interessiert.¹⁰⁶⁸

¹⁰⁶⁵ BGE 136 I 297, E. 8.1.

¹⁰⁶⁶ KÜNZLI, S. 190; BORGHI/PREVITALI, S. 65, kritisieren, dass auch aktuellere Lehrbücher noch propagieren, es gäbe drei Generationen von Menschenrechten und die wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen würden zur zweiten Generation gehören; siehe auch ausführlich: CHATTON, S. 15 ff.

¹⁰⁶⁷ KÜNZLI, S. 190.

¹⁰⁶⁸ Siehe dazu auch: HERTIG RANDALL MAYA, Typologie des droits de l'homme, in: Hertig Randall Maya/Hottelier Michel (Hrsg.), Introduction aux droits de l'homme, Genf/Zürich/Basel 2014, S. 39–54, S. 46.

- 464 Ein solches Verständnis von Menschenrechten widerspricht an sich bereits dem in den Präambeln der beiden UN-Pakte ausgedrückten Verständnis, wonach

«das Ideal vom freien Menschen, der frei von Furcht und Not lebt, nur verwirklicht werden kann, wenn Verhältnisse geschaffen werden, in denen jeder seine wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte ebenso wie seine bürgerlichen und politischen Rechte geniessen kann».¹⁰⁶⁹

1993 hielt die Weltkonferenz über die Menschenrechte fest, dass alle Menschenrechte unteilbar miteinander verbunden und voneinander abhängig sind,¹⁰⁷⁰ womit die Dichotomie aufgebrochen wurde. Zur Überwindung der Zweiteilung beigetragen hat die Einsicht, dass jedes Menschenrecht für den Staat verschiedene Verpflichtungen mit sich bringt und die Unterteilung in (justiziable) Abwehrrechte und (nicht justiziable) Programmnormen die Frage der Justiziabilität mit derjenigen vermischt, ob eine internationale Verpflichtung überhaupt besteht.¹⁰⁷¹

- 465 Unterdessen anerkennen die Überwachungsorgane internationaler und regionaler Menschenrechtsinstrumente sowie die nationale und internationale Lehre, dass Menschenrechte verschiedene Verpflichtungsdimensionen¹⁰⁷² beinhalten. In der Literatur und Praxis zu den UN-Menschenrechtspakten werden die folgenden drei Pflichten unterschieden:

1. Unterlassungspflichten (*obligations to respect*)¹⁰⁷³
2. Schutzpflichten (*obligations to protect*)
3. Gewährleistungspflichten (*obligations to fulfil*)¹⁰⁷⁴

¹⁰⁶⁹ Präambel zu UN-Pakt I. In der Präambel zum UN-Pakt II findet sich sinngemäss dieselbe Aussage.

¹⁰⁷⁰ Vienna Declaration and Programme of Action, Section 1, § 5, 1993, UN Doc. A/CONF.157/23; die Erklärung wurde von der UN-Generalversammlung bestätigt, siehe A/RES/48/121, 20.12.1993; siehe auch MACNAUGHTON/FREY, S. 452 ff., zur Entwicklung auf UN-Stufe; VENTURA, N 9, ebenfalls m.H.a. die Vienna Declaration sowie m.H.a. auf den Aussenpolitischen Bericht des Bundesrates, BB1 2019 1571, welcher die Universalität, Interdependenz und Unteilbarkeit der Menschenrechte anerkennt; siehe auch zur Vienna Declaration: CHATTON, S. 151 ff.

¹⁰⁷¹ EIDE, Realization, S. 41; auch: KÜNZLI, S. 190, Fn. 3.

¹⁰⁷² Ebenfalls verwendet werden die Begriffe Verpflichtungsschichten, -ebenen, -arten oder -stufen, siehe: MEDICI, S. 8, Fn. 17.

¹⁰⁷³ Diese werden teilweise auch Achtungspflichten genannt, siehe z.B. ZÜND.

¹⁰⁷⁴ Diese werden teilweise auch Erfüllungspflichten genannt, siehe z.B. ZÜND.

Im Nachfolgenden wird v.a. diese weit verbreitete Terminologie¹⁰⁷⁵ verwendet. 466
Bestimmungen in ILO-Übereinkommen mit einem menschenrechtlichen Charakter (insbesondere das Verbot der Zwangsarbeit) werden ebenfalls in eine Unterlassungs-, Schutz-, und Leistungsdimension unterteilt.¹⁰⁷⁶

Der schweizerischen Grundrechtsdogmatik ist eine ähnliche Pflichtentrias nicht 467
fremd. Beruhend auf dem konstitutiv-institutionellen Grundrechtsverständnis, welches wesentlich von JÖRG PAUL MÜLLER geprägt wurde, und Art. 35 BV, den MÜLLER als «*dogmatische(n) Dreh- und Angelpunkt für ein umfassendes Verständnis der Grundrechte in der Schweiz*»¹⁰⁷⁷ bezeichnet, hat sich ein modernes Grundrechtsverständnis durchgesetzt. Grundrechte werden nicht mehr nur als Abwehrrechte gesehen.¹⁰⁷⁸ Vielmehr wird auch hier nebst den sich aus den Abwehrrechten ergebenden Unterlassungspflichten von Schutzpflichten und Leistungspflichten gesprochen.¹⁰⁷⁹ Die Verbindung zur internationalen Praxis und zur Rechtsprechung des EGMR zu den (horizontalen und vertikalen) Schutzpflichten ist dabei unverkennbar.¹⁰⁸⁰

2. Unterlassungspflicht

Die Unterlassungspflicht spricht unmittelbar das Verhältnis zwischen Staat und 468
Individuum an. Ein bestimmtes Rechtsgut wird durch die Unterlassungspflicht vor staatlicher Intervention geschützt. Der Staat wird zur Passivität verpflichtet, weshalb der Ermessensspielraum auf ein Minimum beschränkt ist.¹⁰⁸¹ Es handelt sich um negative Verpflichtungen des Staates,¹⁰⁸² welche in der Regel bei bürgerlichen und politischen Rechten im Vordergrund stehen oder ausgeprägter vor-

¹⁰⁷⁵ MEDICI, S. 9, Fn. 24 m.w.H.; auf die abweichenden Klassifizierungen durch den EGMR wird nachfolgend hingewiesen.

¹⁰⁷⁶ Ausführlich dazu: KAUFMANN CHRISTINE/GOOD CHRISTOPH, Die Anwendbarkeit von ILO-Recht vor Schweizer Gerichten: Potential und Grenzen, AJP 5/2016, S. 647–664.

¹⁰⁷⁷ MÜLLER J. P., S. 50.

¹⁰⁷⁸ GÄCHTER, Grundrechtslehren, N 39; siehe auch zur Entwicklung: MÜLLER J. P., S. 43 f.

¹⁰⁷⁹ GÄCHTER, Grundrechtslehren, N 42; KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, § 4 N 9 ff.; MÜLLER J. P., S. 67 ff.; SCHWEIZER, St. Galler Kommentar, N 11 ff. zu Art. 35 BV, wobei die Schutz- und Leistungsansprüche unter dem Titel Gewährleistungspflichten behandelt werden; WALDMANN, BSK-BV, N 31, N 38, N 40 zu Art. 35 BV.

¹⁰⁸⁰ Vgl. z.B. MÜLLER J. P., S. 68 ff.; SCHWEIZER, St. Galler Kommentar, N 13 zu Art. 35 BV; siehe dazu ausführlicher N 469 ff. und 472 ff.

¹⁰⁸¹ KRADOLFER, S. 263.

¹⁰⁸² KÄLIN/KÜNZLI, N 3.69.

handen sind.¹⁰⁸³ Solche ergeben sich aber auch aus wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechten. Das Recht auf Arbeit enthält beispielsweise ebenfalls Unterlassungspflichten des Staates: Ein allgemeines oder gruppenspezifisches Arbeitsverbot darf nicht verhängt werden.¹⁰⁸⁴ Ebenso hat es der Staat unter dem Recht auf Arbeit zu unterlassen, jemanden zu (Zwangs-)Arbeit zu verpflichten.¹⁰⁸⁵ Letzteres ist auch ein eigenständiges (bürgerliches und politisches) Recht gem. Art. 8 UN-Pakt II und Art. 4 EMRK. In der Terminologie des EGMR wird hier von negativen Verpflichtungen gesprochen.¹⁰⁸⁶

3. Schutzpflichten

- 469 Die Schutzpflichten zielen auf präventiven und kurativen Schutz von Rechtsgütern, auch gegen Übergriffe Dritter, ab.¹⁰⁸⁷ So wird der Staat aus dem Recht auf Arbeit beispielsweise dazu verpflichtet, Arbeitnehmer_innen gegen unrechtmässige Entlassungen zu schützen,¹⁰⁸⁸ was insbesondere mit dem Erlass und dem Vollzug entsprechender Gesetze geschehen kann.¹⁰⁸⁹ Hierbei handelt es sich im Wesentlichen um eine Verpflichtung des Staates, dafür zu sorgen, dass Menschenrechte auch in privaten Beziehungen zur Geltung kommen.¹⁰⁹⁰ Die auf die EMRK bezogene Doktrin bezeichnet diese Verpflichtungen auch als horizontale positive Verpflichtungen.¹⁰⁹¹

¹⁰⁸³ KOCH I., S. 20.

¹⁰⁸⁴ Beispiel bei ZÜND, S. 1354; Grundsatz, dass sich aus dem Recht auf Arbeit auch *obligations to respect* ergeben: WSK-Ausschuss, General Comment 18 (2005), § 22.

¹⁰⁸⁵ WSK-Ausschuss, General Comment 18 (2005), § 23.

¹⁰⁸⁶ Vgl. KOCH I., S. 20 ff., wobei KOCH I. selber kritisch ist, sowohl gegenüber der Unterteilung in die *obligations to respect, protect and fulfil* als auch in die Unterteilung zwischen positiven und negativen Verpflichtungen und eher von *waves of duties* spricht (S. 25 f.) und aufzeigt, dass sich der EGMR bewusst ist, dass die positiven und die negativen Verpflichtungen eng verbunden sind (S. 22 f., m.H.a. EGMR v. 10.05.2001, Appl. No. 25781/94, *Zypern ./ Türkei*, und EGMR v. 09.12.1994, Appl. No. 16798/90, *Lopez Ostra ./ Spanien*). Mit den *waves of duties* soll darauf fokussiert werden, was notwendig ist, um einen angemessenen Menschenrechtsschutz zu erreichen, und dies sei evtl. ohne Typologien zu bewerkstelligen (S. 27).

¹⁰⁸⁷ KRADOLFER, S. 263 f.; KÄLIN/KÜNZLI, N 3.70.

¹⁰⁸⁸ WSK-Ausschuss, General Comment 18 (2005), § 35.

¹⁰⁸⁹ KRADOLFER, S. 263 f.

¹⁰⁹⁰ LAVRYSEN, S. 78; siehe zur Frage, ob es sich dabei um eine Drittwirkung der Grundrechte handelt: DERS., S. 13 ff.; KOCH I., S. 18 f.

¹⁰⁹¹ Vgl. LAVRYSEN, S. 78.

Die Rechtsbeziehungen zwischen Privaten sind an sich nicht Regelungsgegenstand des Völkerrechts. Durch die Schutzpflichten entfaltet das Völkerrecht eine Wirkung über hoheitlich gestaltete Beziehungen hinaus auf die Rechtsbeziehungen zwischen Privaten und sie entfalten somit eine Drittwirkung. Eine direkte Drittwirkung liegt dann vor, wenn sich Private (z.B.) in ihrem privatrechtlichen Arbeitsverhältnis direkt auf eine völkerrechtliche Norm zur Begründung von Rechten gegenüber der anderen Vertragspartei stützen können. Eine solche direkte Drittwirkung ist selten.¹⁰⁹² Durch die Schutzpflichten erlangen aber die völkerrechtlichen Normen eine indirekte Drittwirkung (siehe bereits N 105 ff.). 470

Die Schutzpflichten und die Frage der Drittwirkung stehen in der vorliegenden Untersuchung nicht im Zentrum, da davon ausgegangen wird, dass die Verantwortung des Staates, für die Einhaltung der Grund- und Menschenrechte in sozialhilferechtlichen Beschäftigungsprogrammen zu sorgen, eine unmittelbare ist, da es sich um eine hoheitlich gestaltete Rechtsbeziehung handelt. 471

Dass die staatliche Verantwortung im vorliegenden Kontext unmittelbar gegeben ist, suggeriert auch das Urteil des Bundesgerichts 6B_665/2018 v. 15.08.2018, in welchem festgehalten wurde, dass unerlaubte – allenfalls strafbare – Handlungen einer privatrechtlichen Stiftung, die Motivationssemester nach Art. 64a Abs. 1 lit. c AVIG durchführe, eine Staatshaftung auslösen könnten und eine Geschädigte zumindest klar darlegen müsste, inwiefern sie privatrechtliche Ansprüche habe. Die Stiftung führe eine Aktivität aus, die ein öffentliches Interesse verfolge, die durch öffentliche Gelder subventioniert sei, die einer staatlichen Aufsicht unterstehe und die unter dem Verbot stehe, die Privatwirtschaft direkt zu konkurrenzieren. Dies deute alles darauf hin, dass eine hoheitliche Aufgabe auf Private übertragen worden sei, was die Staatshaftung gerade nicht ausschliesse.¹⁰⁹³

¹⁰⁹² PÄRLI, Einwirkungen, N 1072, unter Anführung arbeitsvölkerrechtlicher Gleichbehandlungsgebote betr. die Entlöhnung als (einziges) Beispiel einer direkten Drittwirkung im Arbeitsvölkerrecht; das Bundesgericht hat die Frage der direkten Drittwirkung des Lohngleichheitsgebotes im FZA unlängst offengelassen, vgl. Urteile BGer 4A_230/2018 v. 15.01.2019, E. 2.6, und 4A_215/2017 v. 15.01.2019 sowie die Kritik an diesen Entscheiden: PÄRLI KURT, Eurolohn: Berufung auf das Diskriminierungsverbot ist rechtsmissbräuchlich, Jusletter vom 20. Mai 2019.

¹⁰⁹³ Urteil BGer 6B_665/2016 v. 15.08.2018, E. 3.

4. Gewährleistungspflichten

- 472 Die Gewährleistungspflichten verpflichten den Staat, sicherzustellen, dass die Menschenrechte für die Berechtigten in möglichst umfassender Weise zur Realität werden.¹⁰⁹⁴ Dabei wird das Verhältnis zwischen Staat und Individuum angesprochen.¹⁰⁹⁵
- 473 Diese dritte Verpflichtungsebene unterteilt sich in eine Ermöglichungs- (*facilitate*), eine Bereitstellungs- (*provide*) und eine Förderungspflicht (*promote*). Der Staat wird durch diese Ebene zum Erbringen von Leistungen im engeren Sinne (Geld, Güter oder Dienstleistungen) und zur Schaffung von ressourcenabhängigen Strukturen verpflichtet. Im Bereich des Rechts auf Arbeit gem. Art. 6 des UN-Pakts I bedeutet dies, dass Massnahmen zur Bekämpfung von Arbeitslosigkeit zu ergreifen sind und dass Arbeitsvermittlungsstellen zur Verfügung gestellt werden müssen.¹⁰⁹⁶ Die Leistungspflichten des Staates bestehen auch ausserhalb einer konkreten Gefährdungssituation für ein bestimmtes Menschenrecht; sie zielen auf die Verwirklichung einer Garantie ab und auf die Schaffung der tatsächlichen Ausübung der Garantien.¹⁰⁹⁷
- 474 Auch der EGMR anerkennt, dass sich Gewährleistungspflichten und Ansprüche auf (positive) staatliche Leistungen auch aus klassischen Freiheitsrechten ergeben können.¹⁰⁹⁸ In diversen Urteilen wurde festgehalten, dass die Versagung staatlicher Unterstützung zu einer Verletzung der positiven Pflichten im Zusammenhang mit dem Recht auf Leben¹⁰⁹⁹ und dem Verbot von unmenschlicher und erniedrigender Behandlung¹¹⁰⁰ führen könne.¹¹⁰¹ Die Hürde, die erreicht werden muss, damit eine Verletzung dieser Rechte festgestellt wird, ist jedoch hoch. Eine Situation, die lediglich schwierig ist, bedeutet noch keine Verletzung der EMRK. Die zur Ver-

¹⁰⁹⁴ KÄLIN/KÜNZLI, N 3.71.

¹⁰⁹⁵ Vgl. LAVRYSEN, S. 100.

¹⁰⁹⁶ WSK-Ausschuss, General Comment 18 (2005), § 26.

¹⁰⁹⁷ MEDICI, S. 18 f.

¹⁰⁹⁸ Siehe die ausführliche und aktuelle Darstellung bei LEITEN, S. 269 ff.

¹⁰⁹⁹ EGMR v. 09.04.2013, Appl. No. 13423/09, *Mehmet Senturk und Bekir Senturk ./ Türkei*, wo eine Verletzung von Art. 2 EMRK festgestellt wurde, weil einer schwangeren Frau eine notfallmässige Operation verweigert wurde, da sie keine Anzahlung für die Behandlung leisten konnte.

¹¹⁰⁰ EGMR v. 23.04.2002, Appl. No. 56679/00, *Larioshina ./ Russland* (auf die Beschwerde wurde nicht eingetreten, aber es wurde festgehalten «wholly insufficient amount of pension and the other social benefits may, in principle, raise an issue under Article 3 of the Convention which prohibits inhuman or degrading treatment»); so auch: EGMR v. 18.06.2009, Appl. No. 45603/05, *Budina ./ Russland*.

¹¹⁰¹ Vgl. zum Ganzen auch OETTE, S. 679 f. insbes.; LAVRYSEN, S. 107 ff.

fügung gestellten staatlichen Leistungen müssen gänzlich ungenügend sein und zu einer Herabsetzung führen, die nicht mehr mit der Menschenwürde vereinbar ist.¹¹⁰² Diese Gewährleistungspflichten lassen sich als substantielle vertikale Pflicht zum Schutz der Menschenrechte ohne staatlichen Eingriff umschreiben.¹¹⁰³

B. Verpflichtungsgrad

1. Sofortige oder progressive Umsetzung

Unter dem Verpflichtungsgrad einer Norm wird geklärt, ob und wie schnell ein Menschenrecht zu gewährleisten ist.¹¹⁰⁴ Der Verpflichtungsgrad einer Norm hängt auch davon ab, welche ihrer Dimensionen angesprochen ist.¹¹⁰⁵

Grundsätzlich gilt, dass die *obligations to respect* – also die Unterlassungspflichten – unverzüglich und kontextunabhängig zu verwirklichen sind, da sie ein Unterlassen des Staates fordern und keinen Einsatz von Ressourcen bedingen.¹¹⁰⁶

Die Schutz- und Gewährleistungspflichten (*obligations to protect and fulfil*) sind hingegen im Grundsatz progressiv zu erfüllen. Die progressive Verwirklichungspflicht wird im UN-Pakt I in Art. 2 Abs. 1 widerspiegelt: Demnach verpflichtet sich jeder Vertragsstaat, «unter Ausschöpfung aller seiner Möglichkeiten Massnahmen zu treffen, um nach und nach mit allen geeigneten Mitteln, vor allem durch gesetzgeberische Massnahmen, die volle Verwirklichung der in diesem Pakt anerkannten Rechte zu erreichen».¹¹⁰⁷ Die progressive Verwirklichungspflicht (*nach und nach*) verpflichtet die Staaten, ihr Sozialrecht stetig fortzuentwickeln.¹¹⁰⁸ Es ist also anerkannt, dass die WSK-Rechte aufgrund ihrer Ressourcenintensivität nicht überall sofort realisiert werden können,¹¹⁰⁹ womit die weltweit unterschiedlichen sozioökonomischen Lebensrealitäten gewürdigt werden.¹¹¹⁰

¹¹⁰² EGMR, *Budina ./.* Russland; FROHWERK, S. 192; OETTE, S. 686 f.

¹¹⁰³ LAVRYSEN, S. 107.

¹¹⁰⁴ MEDICI, S. 23.

¹¹⁰⁵ MEDICI, S. 25.

¹¹⁰⁶ KÜNZLI, S. 215; KÄLIN/KÜNZLI, N 3.78; MEDICI, S. 25.

¹¹⁰⁷ Siehe für eine detaillierte Analyse auch der Entstehungsgeschichte dieser Norm: ALSTON/QUINN, S. 164 ff.

¹¹⁰⁸ KRADOLFER, S. 269.

¹¹⁰⁹ WSK-Ausschuss, General Comment 3 (1990), § 9.

¹¹¹⁰ ALSTON/QUINN, S. 172; GÄCHTER, S. 40.

- 478 Die progressive Verwirklichungspflicht bedeutet nicht, dass diese Rechte inhalts-leer wären und sich keine Verpflichtungen aus ihnen ergäben.¹¹¹¹ Es muss mit einer (zeitgemässen) Interpretation der Rechte und Pflichten eine effektive Gewährleistung sichergestellt werden.¹¹¹² Dazu sind durchdachte, konkrete und gezielte Schritte zu unternehmen.¹¹¹³ Mit der progressiven Verwirklichungspflicht nicht vereinbar wäre es, die Anstrengungen zur Verwirklichung der sozialen Rechte auf unbestimmte Zeit hinauszuzögern.¹¹¹⁴
- 479 Das Gegenstück zur progressiven Verwirklichungspflicht ist das Verbot von regressiven Massnahmen, nach welchem es den Staaten untersagt ist, ein einmal erreichtes Schutzniveau wieder zu unterschreiten.¹¹¹⁵

2. Ausnahme: Minimalverpflichtungen bei Schutz- und Leistungspflichten

- 480 Vom gerade erwähnten Grundsatz, dass Schutz- und Gewährleistungspflichten progressiv zu erfüllen sind, sind die «*minimal core obligations*» resp. Mindestverpflichtungen ausgenommen. Der WSK-Ausschuss anerkennt, dass die Garantien des UN-Pakts I einen «harten Kern»¹¹¹⁶ beinhalten, ohne welchen das betroffene Recht ausgehöhlt und seines Sinnes entleert würde.¹¹¹⁷ Die sog. «*minimal core obligations*»¹¹¹⁸ reflektieren, was absolut unabdingbar für das Überleben und das

¹¹¹¹ WSK-Ausschuss, General Comment 3 (1990), § 9; ZÜND, S. 1354; MOECKLI, S. 54; GÄCHTER, S. 40; MEDICI, S. 25.

¹¹¹² MOECKLI, S. 54.

¹¹¹³ WSK-Ausschuss, General Comment 3 (1990), § 2.

¹¹¹⁴ Vgl. Limburg Principles on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, UN doc. E/CN.4/1987/17, Annex, § 21. Die «Limburg Principles» wurden von einer internationalen Expert_innen-Gruppe im Auftrag der Internationalen Juristenkommission erarbeitet.

¹¹¹⁵ Das Retrogressionsverbot wird auch im WSK-Ausschuss, General Comment 3 (1990), § 9, angesprochen; GÄCHTER, S. 41; KRADOLFER, S. 269 f.

¹¹¹⁶ KÄLIN/KÜNZLI, N 3.135.

¹¹¹⁷ WSK-Ausschuss, General Comment 3 (1990), § 10.

¹¹¹⁸ Weitere Ausdrücke, die dasselbe Konzept zusammenfassen und etwa in der Literatur zu finden sind: minimum core content, core content, essential elements, core entitlements, core obligations, minimum state obligations, vgl. CHAPMANN AUDREY R./SAGE RUSSELL, Introduction, in: Chapmann Audrey R./Sage Russell (Hrsg.), Core obligations: building a framework for economic, social and cultural rights, Antwerpen/Oxford/New York 2002, S. 1–20, S. 9.

Wohl einer Person ist.¹¹¹⁹ Ein Staat ist daher unmittelbar verpflichtet, das Mindestniveau eines Rechts zu erfüllen.¹¹²⁰ Ob ein Staat diese Pflicht erfüllt, entscheidet sich unter Berücksichtigung der verfügbaren Ressourcen, da die staatlichen Pflichten durch ihre Möglichkeiten beschränkt werden.¹¹²¹ Werden aber die Minimalansprüche – die «*minimal core obligations*» – nicht erfüllt, lässt dies die starke Vermutung entstehen, dass der Staat seine völkerrechtlichen Verpflichtungen verletzt hat.¹¹²² Insbesondere hochentwickelten Industriestaaten – wie es die Schweiz zweifelsohne ist – wird es kaum möglich sein, diese Vermutung zu widerlegen, da sie über die notwendigen Ressourcen verfügen, um die Minimalansprüche zu gewähren.¹¹²³

Was die Mindestverpflichtung eines bestimmten Rechts umfasst, muss in Bezug 481 auf jedes einzelne Recht mittels Auslegung ermittelt werden. Generell hält der WSK-Ausschuss in der allgemeinen Bemerkung Nr. 3 fest, dass beispielsweise die Mindestverpflichtungen nicht erfüllt sind, wenn zahlreichen Personen der Zugang zu Nahrung, gesundheitlicher Erstversorgung oder Unterkunft fehlt.¹¹²⁴

Das Konzept der Mindestverpflichtungen ist nicht unumstritten. Kritische Stimmen bemängeln, das Konzept an sich sei unausgereift und so sei nicht klar, ob die Mindestverpflichtungen (länder-)kontextabhängig zu interpretieren seien.¹¹²⁵

¹¹¹⁹ OETTE, S. 687.

¹¹²⁰ WSK-Ausschuss, General Comment 3 (1990), § 10.

¹¹²¹ Vgl. Art. 2 Abs. 1 UN-Pakt I sowie WSK-Ausschuss, General Comment 3 (1990), § 10; vgl. CHATTON, reconnaissance, S. 241 ff. zur kontroversen Frage, ob diese Rechtfertigungsmöglichkeit überhaupt offenstehen sollte.

¹¹²² KÄLIN/KÜNZLI, N 3.135; KRADOLFER, S. 264; AMSTUTZ, S. 181.

¹¹²³ KÄLIN/KÜNZLI, N 3.135; WIZENT, S. 62; AMSTUTZ, S. 181.

¹¹²⁴ WSK-Ausschuss, General Comment 3 (1990), § 10.

¹¹²⁵ YOUNG KATHARINE, The Minimum Core of Economic and Social Rights: A Concept in Search of Content, 33 Yale J. Int'l L. 113 (2008), S. 113–175, S. 114; kritisch ebenfalls: TOBIN, S. 26; MECHLEM, S. 940 f. weitere Hinweise auf Kritik: MEDICI, S. 26, Fn. 132; dahingegen scheint das Konzept in der schweizerischen Lehre weitgehend akzeptiert zu sein; siehe: KÄLIN/KÜNZLI, N 3.135; MÜLLER/SCHEFER, S. 765; GÄCHTER, S. 44; BREINING-KAUFMANN/WINTSCH, S. 500; KRADOLFER, S. 264; jüngst: MARLÉTAZ, im Erscheinen; GORDZIELIK, S. 100 *passim*; für einen Kernbereichsschutz von sozialen Rechten auch bereits: BORGHI, S. 136–137.

C. Auslegung von völkerrechtlichen Verträgen

1. Auslegungsinstrumente der Vertragsorgane und deren innerstaatliche Wirkung

a) UN-Pakte

- 482 Internationale Menschenrechtsgarantien werden durch die jeweils zuständigen Vertragsorgane und durch die innerstaatlichen Gerichte ausgelegt.¹¹²⁶ So wird der normative Gehalt des UN-Paktes I wesentlich in den allgemeinen Bemerkungen¹¹²⁷ des WSK-Ausschusses erläutert. Dieselbe Aufgabe kommt dem Menschenrechtsausschuss (MRA) betreffend den UN-Pakt II zu. Im Rahmen eines Staatenberichtsverfahrens prüfen diese beiden Ausschüsse auch länderspezifische Situationen und geben in den Schlussbemerkungen (*concluding observations*) allenfalls Empfehlungen ab.
- 483 Sowohl die allgemeinen Bemerkungen als auch die Schlussbemerkungen sind rechtlich nicht verbindlich,¹¹²⁸ geniessen aber in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung eine hohe Autorität. Sie bringen die übereinstimmende Auffassung des Ausschusses zum Ausdruck.¹¹²⁹ Eine abweichende Auslegung müsste gut begründet werden, da es Treu und Glauben¹¹³⁰ widerspräche, wenn ein Staat die Interpretation der Vertragsorgane ignorieren würde, nur weil er damit nicht einverstanden ist.¹¹³¹

Die UN-Pakte I und II kennen beide ein Individualbeschwerdeverfahren. In diesen Verfahren werden die Pakt-Rechte weiter ausgelegt. Die Schweiz hat das entsprechende Zusatzprotokoll jedoch nur für den UN-Pakt II unterzeichnet, was wesentlich mit der

¹¹²⁶ DÖRR, N 18.

¹¹²⁷ Hier tw. auch *general comment*. Das Bundesgericht spricht auch von «allgemeinen Empfehlungen», vgl. BGE 137 I 305, E. 6.1.

¹¹²⁸ SAUL/KINLEY/MOWBRAY, S. 5; MOECKLI, S. 50; SPENLÉ CHRISTOPH A./TRAUTWEILER CAROLINE, Aspekte der Umsetzung der UNO-Menschenrechtsübereinkommen. Zur Rechtsnatur und den Wirkungen der Abschliessenden Bemerkungen der Kontrollorgane der UNO-Menschenrechtsverträge im Staatenberichtsverfahren, in: Caroni Martina et al. (Hrsg.), Auf der Scholle und in lichten Höhen, Festschrift für Paul Richli zum 65. Geburtstag, Zürich/St. Gallen 2011, S. 147–178, S. 151.

¹¹²⁹ BGE 137 I 305, E. 6.5.

¹¹³⁰ Vgl. Art. 26 WVK.

¹¹³¹ MOECKLI, S. 51.

Haltung begründet wurde, dass dem Pakt I keine justiziablen Individualrechte zu entnehmen seien (siehe auch N 507).¹¹³²

b) EMRK

Die EMRK wird im Wesentlichen durch den EGMR im Rahmen von Individualbeschwerdeverfahren interpretiert (vgl. Art. 34 EMRK). Die Urteile des EGMR 484
geniessen innerstaatlich eine hohe Bindungswirkung: Wie gesehen wird im Rahmen einer konventionskonformen Auslegung der Bundesverfassung eine Auslegung des innerstaatlichen Rechts angestrebt, die mit der EMRK im Einklang steht. Dies ist auch im Zusammenhang mit dem starken Durchsetzungsmechanismus, mit dem EGMR-Urteile ausgestattet sind, zu sehen: Wird die Schweiz wegen einer Verletzung der EMRK verurteilt, so kann sie zu einer gerechten Entschädigungszahlung an das Opfer verurteilt werden (Art. 41 EMRK). Zudem sind die Urteile verbindlich und zu vollziehen (Art. 46 EMRK) und schliesslich ist das innerstaatliche – die EGMR verletzende – Urteil zu revidieren, sofern dies erforderlich ist, um einen konventionskonformen Zustand herbeizuführen (vgl. z.B. Art. 122 BGG).

c) ILO-Übereinkommen

Die Staaten sind verpflichtet, dem internationalen Arbeitsamt jährlich über die 485
Umsetzung der ratifizierten Konventionen Bericht zu erstatten und über die innerstaatliche Praxis in Bezug auf die nicht ratifizierten Instrumente zu informieren.¹¹³³ Die Berichte werden auch den Verbänden der Arbeitgeber_innen und Arbeitnehmer_innen zur Kontrolle unterbreitet und diese können die Berichte kommentieren. Darüber hinaus werden die Berichte dem ILO-Expert_innenkomitee¹¹³⁴ übermittelt. Aufgabe des Expert_innenkomitees ist es, auf Umsetzungslücken in den jeweiligen Ländern hinzuweisen und Handlungsempfehlungen abzugeben. Verfehlungen können in einer Beobachtung (*observation*) festgehalten werden. Sind dem Bericht nicht alle notwendigen Informationen zu entnehmen, um auf die

¹¹³² Stellungnahme des Bundesrates zur Motion 09.3279, Allemann Evi, Ratifikation des Zusatzprotokolls zum Uno-Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte; explizit eine Ratifizierung fordert: WIZENT, S. 72.

¹¹³³ Vgl. Art. 22 ILO-Verfassung und Art. 19 Abs. 5 lit. e ILO-Verfassung; dazu: DUNAND/DREYER, S. 217.

¹¹³⁴ Teilweise auch Sachverständigenausschuss genannt, nachfolgend auch als CEACR abgekürzt; siehe zum Expert_innenkomitee allgemein auch: CHATTON, Aspects, S. 53 f.

Konformität oder Nichtkonformität zu schliessen, können die Expert_innen eine direkte Frage (*direct request*) an die betroffene Regierung stellen.¹¹³⁵

486 Eine von der Internationalen Arbeitskonferenz eingesetzte tripartite Kommission überwacht die Anwendung der Übereinkommen. Die tripartite Kommission wählt die zu untersuchenden Fälle, die zuvor vom Expert_innenkomitee geprüft wurden, selber aus.¹¹³⁶ Zudem kommt den *General Surveys* des Sachverständigenausschusses grosse praktische Bedeutung zu. In diesen finden sich konkrete Vorgaben zur Auslegung einzelner Artikel eines Übereinkommens.¹¹³⁷

487 Institutionell verankerte und effektive Sanktionsmechanismen zur Durchsetzung dieser Empfehlungen und Entscheidungen fehlen.¹¹³⁸ Ob sie umgesetzt werden oder nicht, hängt somit massgeblich davon ab, ob sie juristisch überzeugend argumentiert sind.¹¹³⁹ Trotz dieser schwachen Bindungswirkung haben die Berichte und Empfehlungen der Kontrollorgane Einfluss weit über die ILO hinaus. Auch UN-Ausschüsse, der EGMR und das Bundesgericht ziehen bei der Interpretation von arbeitsrelevanten Menschenrechten die Berichte der ILO-Organe hinzu.¹¹⁴⁰

Gemäss Art. 37 der ILO-Verfassung könnte der Internationale Gerichtshof angerufen werden, damit er Streitfragen betreffend die Auslegung der ILO-Verfassung und der Übereinkommen entscheidet. In der gut 100-jährigen Geschichte der ILO wurde von dieser Möglichkeit nie Gebrauch gemacht. Auch ein Ad-hoc-Gericht gem. Art. 37 Abs. 2 ILO-Verfassung wurde bis anhin nie etabliert.¹¹⁴¹

488 Nebst den Übereinkommen verabschiedet die internationale Arbeitskonferenz auch Empfehlungen, die nicht ratifiziert werden und daher normativ eine schwache Wirkung haben. Sie sind eine Orientierungshilfe für die Mitglieder und gestalten die Übereinkommen näher aus.¹¹⁴²

¹¹³⁵ DEMIR, N 80.

¹¹³⁶ CHATTON, Aspects, S. 55 f.

¹¹³⁷ PÄRLI, Einwirkungen, N 1047.

¹¹³⁸ BELSER, S. 432, spricht vom «Unvermögen der ILO, einheitliches und durchsetzbares Arbeitsrecht zu schaffen».

¹¹³⁹ DEMIR, N 88 f.; SERVAIS JEAN-MICHEL, *International Labour Law*, 5. Aufl., Alphen aan den Rijn 2017, N 148 f. sowie N 151 ff. zu kontrovers diskutierten Aspekten der Interpretation der ILO-Übereinkommen durch die Gremien; siehe auch zur Kritik: PÄRLI, Einwirkungen, N 1049.

¹¹⁴⁰ Zum BGer siehe v.a.: BGE 144 I 50; zur EGMR siehe nachfolgend: N 493.

¹¹⁴¹ PÄRLI, Einwirkungen, N 1046.

¹¹⁴² DEMIR, N 77; DUNAND/DREYER, S. 204.

2. Auslegungsregeln

Die Auslegung von internationalen Verträgen folgt dem Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge (WVK). Dies gilt auch für Verträge, die menschenrechtliche Verpflichtungen enthalten, sofern der auszulegende Vertrag selber keine Interpretationsregeln enthält.¹¹⁴³ 489

So sehen bspw. die UN-Pakte I und II in ihren Art. 5 jeweils vor, dass eine Auslegung nicht erlaubt ist, die «für einen Staat, eine Gruppe oder eine Person das Recht begründet, eine Tätigkeit auszuüben oder eine Handlung zu begehen, die auf die Abschaffung der in diesem Pakt anerkannten Rechte und Freiheiten oder auf weitergehende Beschränkungen dieser Rechte und Freiheiten, als in dem Pakt vorgesehen hinzielt».

Gemäss Art. 31–33 WVK sind somit Menschenrechtsverträge¹¹⁴⁴ nach Treu und Glauben und im Lichte ihres Ziels und Zwecks auszulegen (Art. 31 Abs. 1 WVK). Wert gelegt wird auf die Bedeutung, die den Bestimmungen in ihrem Zusammenhang zukommt, welcher sich nach dem Wortlaut und der Präambel (Art. 31 Abs. 2 WVK) sowie weiteren und späteren Übereinkünften zwischen den Parteien ergibt (Art. 31 Abs. 3 lit. a WVK). Jede spätere Übung bei der Anwendung des Vertrags kann ebenfalls als Rechtsquelle berücksichtigt werden, sofern daraus die Übereinstimmung der Vertragsparteien über seine Auslegung hervorgeht (Art. 31 Abs. 3 lit. b WVK). Dies ist auch für Urteile internationaler Gerichte zu bejahen, sofern sich daraus eine konsistente Auslegungspraxis lesen lässt.¹¹⁴⁵ 490

In Anwendung dieser Grundsätze messen die menschenrechtlichen Überwachungsausschüsse dem übergeordneten Vertragszweck – einen tatsächlichen und effektiven Menschenrechtsschutz zu erreichen – eine besondere Bedeutung zu.¹¹⁴⁶ 491 Dies kommt in der Rechtsprechung des EGMR deutlich zum Ausdruck: «*The Convention is intended to guarantee not rights that are theoretical or illusory but rights that are practical and effective.*»¹¹⁴⁷ Die Konvention garantiert also keine theoretischen und illusorischen Rechte, sondern solche, die praktisch und effektiv sind. Die EMRK sei darüber hinaus ein «*living instrument*» – ein sich wandelndes

¹¹⁴³ MOECKLI, S. 52; MECHLEM, S. 910.

¹¹⁴⁴ MOECKLI, S. 53; MÜLLER A., Remarks, S. 768; ALSTON/QUINN, S. 160.

¹¹⁴⁵ GARDINER RICHARD, Treaty Interpretation, 2. Aufl., Oxford 2015, S. 259.

¹¹⁴⁶ MEDICI, S. 32.

¹¹⁴⁷ EGMR v. 09.10.1979, Appl. No. 6289/73, *Airey ./. Irland*, § 24.

Instrument¹¹⁴⁸ –, das im Lichte der heute vorherrschenden Ansichten in den Mitgliedstaaten zu lesen sei.¹¹⁴⁹

- 492 Auch der MRA und der WSK-Ausschuss legen die UN-Pakt-Rechte in diesem Sinne evolutiv oder dynamisch in Übereinstimmung mit aktuellen (gesellschaftlichen und wirtschaftlichen) Bedingungen aus.¹¹⁵⁰ Dies kann als Teil einer teleologischen Auslegung, welche durch die WVK gedeckt ist, gesehen werden.¹¹⁵¹

3. Integrative Auslegung der EMRK im Besonderen

- 493 Eine besondere Weiterentwicklung der dynamischen Auslegung der EMRK ist ihre integrative Auslegung.¹¹⁵² Dieser Auslegungsansatz geht u.a. auf die Idee zurück, dass bürgerliche und politische Rechte auch wirtschaftlich-soziale Komponenten aufweisen und sich daher eine Durchlässigkeit (*permeability*) zwischen wirtschaftlichen und sozialen Rechten einerseits und bürgerlichen und politischen Rechten andererseits, die aus historischen Gründen in unterschiedlichen Konventionen geregelt wurden,¹¹⁵³ rechtfertigt.¹¹⁵⁴

Diese Idee der Durchlässigkeit wurde von SCOTT wie folgt definiert: «(...) the openness of a treaty dealing with one category of human rights to having its norms used as vehicles for the direct or indirect protection of norms of another treaty dealing with a different category of human rights. Norms that overlap, either implicitly as a product of the interpretative process or explicitly on the face of the textual provisions, are particularly relevant.»¹¹⁵⁵

¹¹⁴⁸ So: MEDICI, S. 32.

¹¹⁴⁹ Statt vieler: EGMR v. 23.11.1983, Appl. No. 8919/80, *Van der Mussele ./. Belgien*, § 32; generell zur dynamischen Auslegung der EMRK: DÖRR, N 27.

¹¹⁵⁰ MOECKLI, S. 55; TOBIN, S. 21.

¹¹⁵¹ MÜLLER A., Remarks, S. 768; zur Kritik siehe nachfolgend N 497.

¹¹⁵² Siehe dazu ausführlich: LEIJTEN; KOCH I.; MANTOUVALOU, Labour Rights, S. 545.

¹¹⁵³ Vgl. zur Geschichte: SCOTT, S. 791 ff.

¹¹⁵⁴ SCOTT, S. 771; darauf bezugnehmend: MANTOUVALOU, S. 574; ähnlich auch: KOCH I., S. 21 f.; CHATTON, Aspects, S. 390.

¹¹⁵⁵ SCOTT, S. 771.

Eine klare Argumentation für eine solche Durchlässigkeit der EMRK für wirtschaftliche und soziale Rechte enthält das EGMR-Urteil *Airey ./. Irland*:

«Dem Gerichtshof ist bewusst, dass die weitere Verwirklichung sozialer und wirtschaftlicher Rechte weitgehend von der im fraglichen Staat herrschenden Lage – insbesondere von der finanziellen Situation – abhängt. Andererseits muss die Konvention im Lichte der heutigen Verhältnisse ausgelegt werden (...), und sie ist darauf angelegt, den Einzelnen in ihrem Anwendungsbereich tatsächlich und praktisch wirksam zu schützen (...). Wenn die Konvention auch im Wesentlichen bürgerliche und politische Rechte aufführt, haben viele von ihnen doch Implikationen sozialer oder wirtschaftlicher Natur. Der Gerichtshof ist daher (...) der Auffassung, dass der bloße Umstand, dass eine Auslegung der Konvention in die Sphäre sozialer und wirtschaftlicher Rechte hineinwirkt, kein entscheidender Grund gegen eine solche Auslegung sein sollte. Es gibt keine wasserdichte Trennwand, die jene Sphäre von dem Anwendungsbereich der Konvention abgrenzt.»¹¹⁵⁶

Bei der sog. integrativen Auslegungsmethode, die als Fortführung dieser Rechtsprechung der Durchlässigkeit gesehen werden kann, werden explizit wirtschaftliche und soziale Rechte bei der Bestimmung des Schutzbereichs der Konventionsrechte einbezogen, die als solche nicht Teil der EMRK selber sind.

Als Beispiele dafür sind aus dem Bereich des Arbeitsrechts die Entscheidungen *Sidabras und Dziautas ./. Litauen*¹¹⁵⁷ oder *Demir und Baykara ./. Türkei*¹¹⁵⁸ zu nennen. Beide diese Urteile gelten als Meilensteine in der Entwicklung der integrativen Auslegung der EMRK.¹¹⁵⁹ 494

Im Urteil *Sidabras und Dziautas ./. Litauen* zog der EGMR das Recht auf Arbeit gem. Art. 1 Abs. 2 ESC zur Auslegung des Rechts auf Privat- und Familienleben hinzu, um festzustellen, dass mit einem weitreichenden Berufsverbot gegenüber ehemaligen KGB-Agent_innen das Diskriminierungsverbot gem. Art. 14 EMRK i.V.m. Art. 8 EMRK verletzt wurde.¹¹⁶⁰

¹¹⁵⁶ EGMR, *Airey ./. Irland*, § 26 in der deutschen Übersetzung, in: Engel Erika/Engel Norbert Paul (Hrsg.), Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, Deutschsprachige Sammlung, Bd. 1, EGMR-E1, Nr. 37, S. 414 ff.

¹¹⁵⁷ EGMR v. 27.07.2004, Appl. No. 55480/00 und 59330/00, *Sidabras und Dziautas ./. Litauen*, § 48.

¹¹⁵⁸ EGMR v. 12.11.2008, Appl. No. 34503/97, *Demir und Baykara ./. Türkei*.

¹¹⁵⁹ PÄRLI, EMRK, S. 1680; MANTOUVALOU, S. 575; EWING KEITH D./HENDY JOHN, The Dramatic Implications of Demir and Baykara, *Industrial Law Journal*, Vol. 39, No. 1, S. 2–51, S. 47; Letztere berichten nicht ohne Pathos vom Triumph von Menschenrechten über wirtschaftliche Irrationalität im Kampf um die Seele des Arbeitsrechts.

¹¹⁶⁰ EGMR, *Sidabras und Dziautas ./. Litauen*, § 48; siehe auch: PÄRLI, EMRK, S. 1680 f.

Mit dem Urteil *Demir und Baykara ./. Türkei* entschied der EGMR, dass sich die Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit gem. Art. 11 EMRK auch auf Staatsangestellte erstreckt. Einer Beamt_innengewerkschaft darf die Anerkennung – und demzufolge auch die Gültigkeit eines von dieser Gewerkschaft ausgehandelten Kollektivvertrages – nicht versagt werden. Dabei zog der EGMR die ESC und einschlägige ILO-Instrumente hinzu und kam zum Schluss, dass die Ausnahmenregelung gem. Art. 11 Abs. 2 EMRK eng auszulegen sei und Beamt_innen nicht grundsätzlich von der Vereinigungsfreiheit ausgeschlossen werden könnten.

- 495 Insbesondere stellte der EGMR im Urteil *Demir und Baykara ./. Türkei* klar, dass er bei der Auslegung der Bestimmungen der Konvention auch weiteres internationales Recht einbeziehen kann und muss. Dabei stütze er sich auch auf die Interpretation des internationalen Rechts durch die zuständigen Organe und die Praxis der europäischen Staaten, welche die gemeinsamen Werte widerspiegle.¹¹⁶¹ Es ist gem. EGMR nicht zwingend vorausgesetzt, dass ein beschwerdegegnerischer Staat alle internationalen Verträge ratifiziert hat, die im jeweiligen Sachbereich anwendbar sind, solange eine kontinuierliche Entwicklung in der Mehrheit der EMRK-Mitgliedstaaten beobachtet werden könne und die zusätzlichen Normen eine gemeinsame Basis der modernen Gesellschaften seien.¹¹⁶²
- 496 Dieser Ansicht, dass alle Rechte miteinander verbunden sind, können ein instrumenteller und ein substantieller Aspekt entnommen werden: Dem instrumentellen Aspekt zufolge sind soziale und wirtschaftliche Rechte ein Instrument, um Freiheitsrechte nicht nutzlos werden zu lassen. Denn ohne ein Mindestmass an sozialen Rechten können auch bürgerliche und politische Rechte nicht (ausreichend) wahrgenommen werden.¹¹⁶³ Darauf begründet auch das Grundrecht auf Hilfe in Notlagen resp. das Recht auf Existenzsicherung als Ausdruck des konstitutiven Grundrechtsverständnisses: Staatliche Leistungen sind notwendige Voraussetzung zur Ausübung der Freiheitsrechte.¹¹⁶⁴
- 497 Auf einer substantiellen Ebene anerkennt eine integrative Auslegung, dass bürgerliche und politische Rechte genauso wie wirtschaftliche und soziale Rechte zur Bestimmung der individuellen Würde heranzuziehen sind. Eine (Würde-)Theorie,

¹¹⁶¹ EGMR, *Demir und Baykara ./. Türkei*, § 85.

¹¹⁶² EGMR, *Demir und Baykara ./. Türkei*, § 86; siehe dazu auch: DÖRR, N 100.

¹¹⁶³ MANTOUVALOU, S. 574; so könne niemand ein Recht voll genießen, ohne dass die notwendige Basis für ein gesundes und aktives Leben zur Verfügung stehe, vgl. WALDRON, S. 7, mit Hinweis auf: SHUE HENRY, *Basic Rights: Subsistence, Affluence, and U.S. Foreign Policy*, Princeton 1980.

¹¹⁶⁴ Vgl. bereits BGE 121 I 367.

die dies nicht tut, ist ungeeignet.¹¹⁶⁵ Dies zeigt auch auf, dass die Beziehung zwischen bürgerlichen und politischen Rechten einerseits und wirtschaftlichen und sozialen Rechten andererseits komplex ist und nicht anhand der Kategorisierung in justiziable und nicht justiziable Rechte erfolgen kann.¹¹⁶⁶

Die integrative Auslegung der EMRK, insbesondere im Urteil *Demir und Baykara ./. Türkei*, wird teilweise (heftig) kritisiert.¹¹⁶⁷ Normen, die ein Staat nicht ratifiziert hat, zur Bestimmung des Anwendungsbereichs der EMRK heranzuziehen, sei aus völkerrechtlicher Sicht problematisch. Es werde verkannt, dass die Rechte der ESC konzeptionell anders angelegt seien und nur in Ausnahmefällen unmittelbare individuelle Rechtspositionen begründeten.¹¹⁶⁸ Schliesslich sei nicht befriedigend, dass durch diese Methode der Auslegungspraxis der Sachverständigenausschüsse der ILO eine Bedeutung gegeben werde, die sie selbst gem. den Organisationsregeln der ILO nicht genieße.¹¹⁶⁹ Gewisse Autoren üben in fundamentaler Weise Kritik an der Anwendung der EMRK als *living instrument*.¹¹⁷⁰ Gegen diese Kritik ist einzuwenden, dass Art. 31

¹¹⁶⁵ MANTOUVALOU, S. 574, mit Hinweis auf: WALDRON.

¹¹⁶⁶ MANTOUVALOU, S. 574.

¹¹⁶⁷ Siehe zusammenfassend: PÄRLI, Einwirkungen, N 1053; siehe auch jüngst zum Einfluss der ILO auf die EGMR-Rechtsprechung und eine kritische Würdigung derselben: KELLER HELEN/HEFTI ANGELA, ILO und EMKR, AJP 5/2020, S. 593–602.

¹¹⁶⁸ WEISS NORMANN, Von Paukensschlägen und steten Tropfen – Anmerkungen zur Bedeutung und Wirkung von EGMR-Urteilen aus staats- und völkerrechtlicher Sicht, EuZA 2010, S. 457–468, S. 467 f.

¹¹⁶⁹ SEIFERT ACHIM, Recht auf Kollektivverhandlungen und Streikrecht für Beamte – Anmerkungen zur neuen Rechtsprechung des EGMR zur Vereinigungsfreiheit, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV) 2009, S. 357–377, S. 363 f.

¹¹⁷⁰ Z.B. SEILER HANSJÖRG, Menschenrechte – das trojanische Pferd des demokratischen Rechtsstaates, in: Zuffrey Jean-Baptiste/Dubey Jaques/Previtali Adriano (Hrsg.), *L'Homme et son droit, Mélanges en l'honneur de Marco Borghi à l'occasion de son 65^e anniversaire*, Zürich 2011, S. 511–524, S. 516 f., wobei die Kritik von SEILER insofern problematisch ist, als sich der Autor nicht eingehend mit der EGMR-Rechtsprechung und den jeweils zu Grunde liegenden Sachverhalten auseinandersetzt. So wurde im Urteil v. 08.01.2009, Appl. No. 29002/06, *Schlumpf ./. Schweiz*, die Schweiz gestützt auf Art. 8 EMRK verurteilt, weil der Respekt für das Privatleben der Beschwerdeführerin es erfordert hätte, die spezifischen Einzelheiten des Falles zu würdigen und von einer schematischen Anwendung abzugehen, wenn das interne Recht eine Möglichkeit zur Vergütung von medizinischen Kosten vorsieht, und nicht etwa, weil Art. 8 EMRK ein Recht auf Krankenversicherungsleistungen vorschreiben würde. Differenzierter kritisieren z.B. GÄCHTER/MEIER, S. 480 ff., eine solche Interpretation von Art. 8 EMRK, die nach Ansicht der Autoren die Rechtsprechung, die in Anwendung des 1. Zusatzprotokolls der EMRK ergangen ist, auch für die Schweiz verbindlich macht; weitere Hinweise auf Kritik: MEDICI, S. 34.

WVK durchaus eine systematische Auslegung unter Berücksichtigung weiterer internationaler Normen im Sinne von *Demir und Baykara ./. Türkei* zulässt.¹¹⁷¹ Um dem befürchteten Souveränitätsverlust zu begegnen, ist eine sorgfältige Herausarbeitung der jeweiligen Verpflichtungen aus den heranzuziehenden Quellen notwendig.

- 498 Für die vorliegende Untersuchung ist die integrative Auslegungsmethode interessant, da die ESC mit dem Recht auf Fürsorge (Art. 13) und dem Recht auf Arbeit (Art. 1) die zwei zentralen Aspekte «soziale Sicherheit» und «Arbeit» anspricht. Die Schweiz hat die ESC nicht ratifiziert, aber durch die integrative Auslegung kann ein Einfluss der ESC auf die völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz nicht ausgeschlossen werden. Zudem hat die integrative Auslegung das Potential, zu einer gewissen Konvergenz des internationalen Sozial- und Arbeitsrechts beizutragen,¹¹⁷² so dass es sich tatsächlich zu einer Weltarbeits- und Weltsozialverfassung verdichtet.

Die ESC kann als die «Soziale Verfassung» Europas bezeichnet werden.¹¹⁷³ Als Menschenrechtsinstrument des Europarates trat sie 1961 in Kraft und stellt das sozialrechtliche Gegenstück zur EMRK dar.¹¹⁷⁴ 1996 wurde sie umfassend revidiert. In dieser Arbeit wird, sofern nichts anderes angemerkt wird, auf die revidierte Fassung der ESC von 1996 Bezug genommen.

- 499 Das Bundesgericht bedient sich in seiner jüngeren Rechtsprechung im Bereich der Vereinigungsfreiheit dieser Auslegungsmethode. So hat das Bundesgericht für die Auslegung des Schutzbereichs von Art. 28 BV, Art. 11 EMRK und Art. 22 UN-Pakt II auf entsprechende ILO-Übereinkommen und Berichte der Überwachungsausschüsse zurückgegriffen, obwohl die direkte Anwendbarkeit Letzterer umstritten ist.¹¹⁷⁵ Einer solchen Auslegung zufolge umfasst auch Art. 28 BV ein Zutrittsrecht der Gewerkschaften zu den Räumlichkeiten der Kantonsverwaltung als Arbeitgeberin. Dieses «abgeleitete Recht» sei eine unerlässliche Vorausset-

¹¹⁷¹ So auch: PÄRLI, Einwirkungen, N 1054; DÖRR, N 93; wobei DERS., N 97, darauf hinweist, dass «Übereinkunft» i.S.v. Art. 31 Abs. 3 lit. a WVK bindende Instrumente impliziere; die integrative Auslegung der EMRK beruht somit teilweise auf einer weiterreichenden Interpretation von Art. 31 Abs. 3 lit. a WVK.

¹¹⁷² PÄRLI, Einwirkungen, N 1050.

¹¹⁷³ DE SCHUTTER OLIVER, The European Social Charter as the Social Constitution of Europe, in: Bruun Niklas/Lörcher Klaus/Schömann Isabelle/Clauwaert Stefan (Hrsg.), The European Social Charter and the Employment Relation, Oxford/Portland 2017, S. 11–51.

¹¹⁷⁴ PÄRLI/IMHOF, N 1.

¹¹⁷⁵ BGE 144 I 50, E. 5.3.3.1, in: Pra 108 (2019) Nr. 12, S. 156.

zung, um die Koalitionsfreiheit effektiv ausüben zu können.¹¹⁷⁶ Der Staat müsse die Gewerkschaften in die Lage versetzen, dass sie ihre Aktivitäten tatsächlich frei gestalten könnten.¹¹⁷⁷

Einschränkend ist zu erwähnen, dass das BGer zwar im Grundsatz dieselbe Methode anwendet wie der EGMR, bisher jedoch kein Entscheid bekannt ist, in welchem sich das BGer auch auf von der Schweiz nicht ratifizierte Abkommen – namentlich die ESC – gestützt hätte. Ein indirekter Einfluss der ESC auf die schweizerische Rechtsordnung erfolgt also ausschliesslich über die EGMR-Rechtsprechung.

D. Direkte Anwendbarkeit (Justiziabilität und *self-executing*)

1. Unterschied nach Verpflichtungsdimension

Die Frage der direkten Anwendbarkeit (auch Justiziabilität oder *self-executing*¹¹⁷⁸) 500 einer Norm bestimmt, ob sich ein Individuum vor Gericht auf eine (menschenrechtliche) Bestimmung berufen kann und sich aus ihr Rechte und Pflichten direkt ableiten lassen.

Ob einer Norm dieser Charakter zukommt, ist in einem zweistufigen Verfahren zu 501 prüfen. Zunächst ist zu klären, ob sich dem Vertrag selber Regeln zur unmittelbaren Anwendbarkeit entnehmen lassen. Ist dies nicht der Fall, so ist die Frage nach innerstaatlichem Recht zu beurteilen.¹¹⁷⁹ Ob eine völkerrechtliche Norm diese Voraussetzung erfüllt, ist mittels Auslegung zu beantworten. Legen die Vertragsüberwachungsorgane eine Norm aus, äussern sie sich dementsprechend auch zu deren unmittelbarer Anwendbarkeit.¹¹⁸⁰

¹¹⁷⁶ BGE 144 I 50, E. 4.3, in: Pra 108 (2019) Nr. 12, S. 156.

¹¹⁷⁷ BGE 144 I 50, E. 5.3.2, in: Pra 108 (2019) Nr. 12, S. 156.

¹¹⁷⁸ Siehe z.B. CHATTON, reconnaissance, S. 420, zu den tw. unterschiedlich verwendeten Begrifflichkeiten.

¹¹⁷⁹ PÄRLI, Einwirkungen, N 1065; DERS., Vertragsfreiheit, N 169; MEDICI, S. 47 f.; ausführlich: WÜGER, S. 84 ff.; eher kritisch: CHATTON, reconnaissance, S. 428, der die Frage ausschliesslich einer völkerrechtlichen Beurteilung zuführen und so der tw. willkürlichen innerstaatlichen Beurteilung entziehen will.

¹¹⁸⁰ CHATTON, reconnaissance, S. 424.

- 502 Die Justiziabilität eines Menschenrechts ist anhand der Verpflichtungsdimensionen jedes Rechts differenziert zu beurteilen und nicht pauschal für das Recht als Ganzes. Die Unterlassungspflichten (*obligations to respect*) sind in aller Regel als justiziabel anzusehen und somit mit einem individuell durchsetzbaren Abwehranspruch verbunden.¹¹⁸¹ Ebenfalls justiziabel sind in der Regel die Schutzpflichten (*obligations to protect*).¹¹⁸² Sie verleihen also auf subjektiv-rechtlicher Ebene einen Schutzanspruch, dessen Verletzung vor Gericht geltend gemacht werden kann, was insbesondere auch vom EGMR in einer diesbezüglich umfangreichen Rechtsprechung anerkannt wird.¹¹⁸³
- 503 Differenziert zu betrachten ist die Justiziabilität der Leistungspflichten (*obligations to fulfil*). Die Realisierung der Gewährleistungspflichten ist in der Regel ressourcenintensiv, was ihre rechtliche Verpflichtungskraft relativiert. Im Rahmen des UN-Pakts I stellt dies ein Verweis auf Art. 2 UN-Pakt I klar.¹¹⁸⁴ Es ist jeweils auf die konkrete Garantie abzustellen, um festzustellen, ob sie präzise genug formuliert ist, um im Einzelfall die Grundlage einer Entscheidung zu bilden. Die *obligation to fulfil* lässt sich, wie bereits erwähnt (N 473), weiter unterteilen in eine *obligation to provide*, eine *obligation to facilitate* und eine *obligation to promote*.
- 504 Die *obligation to provide*, also etwa die Pflicht, Nahrung an Bedürftige zu verteilen, ist v.a. in Industriestaaten als umfassend justiziabel anzusehen.¹¹⁸⁵ Diese Pflichten beziehen sich häufig auf basale Bedürfnisse und stehen in enger Verbindung mit menschenrechtlichen Kerngehalten und Mindestverpflichtungen, sodass genügend klar ist, welche Leistungen daraus fließen.¹¹⁸⁶ Diese Mindestverpflichtungen verleihen dem Individuum einen unmittelbaren Anspruch gegenüber dem Staat auf Gewährleistung dieses Kernbereichs.¹¹⁸⁷

¹¹⁸¹ ZÜND, S. 1348; KÄLIN/KÜNZLI, N 3.77; CHATTON, reconnaissance, S. 447; MÜLLER J. P., S. 94.

¹¹⁸² ZÜND, S. 1348; KÄLIN/KÜNZLI, N 3.77; CHATTON, reconnaissance, S. 448.

¹¹⁸³ ZÜND, S. 1348; ausführlich zu den horizontalen Schutzpflichten unter der EMRK: LAV- RYSEN, S. 82 ff.

¹¹⁸⁴ KRADOLFER, S. 264.

¹¹⁸⁵ ZÜND, S. 1348; KÄLIN/KÜNZLI, N 3.135.

¹¹⁸⁶ CHATTON, reconnaissance, S. 449.

¹¹⁸⁷ KÄLIN/KÜNZLI, N 3.134; BREINING-KAUFMANN/WINTSCH, S. 500; MÜLLER/SCHEFER, S. 765; SCHALLER SCHENK, S. 256.

In ähnlicher Weise hat auch das Bundesgericht die Justiziabilität des Grundrechts auf Existenzsicherung anerkannt, indem es argumentierte: «Was unabdingbare Voraussetzung eines menschenwürdigen Lebens darstellt, ist hinreichend klar erkennbar und der Ermittlung in einem gerichtlichen Verfahren zugänglich.»¹¹⁸⁸

Die *obligation to facilitate*, die darauf abzielt, dass die Ausübung der zugestanden 505
Rechte effektiv möglich wird, ist eine gemischte Verpflichtung. Sie fordert
gezielte Massnahmen, die mehr oder weniger konkret sein können. Dies beinhaltet
auch Verpflichtungen, die sich an die Gesetzgeberin richten und somit als pro-
grammatisch und nicht justiziabel zu beurteilen sind.¹¹⁸⁹ Hingegen können auch
hier Verpflichtungen entstehen, die ohne den Einsatz zusätzlicher, massgeblicher
Ressourcen zu erfüllen sind, wie z.B. das Recht auf unentgeltliche Rechtspflege,
um das Recht auf Zugang zur Justiz zu erfüllen. Solche Verpflichtungen können
justiziabel sein.¹¹⁹⁰

Schliesslich ist die *obligation to promote*, die eine intensive Kooperation und 506
Koordination auf behördlicher Seite voraussetzt, grundsätzlich nicht justiziabel,
da eine Richter_in in diesen Fällen nicht mit genügender Bestimmtheit festlegen
kann, welche der vielen möglichen Massnahmen umzusetzen ist, zumal hier auch
gewichtige Entscheide über die einzusetzenden Ressourcen zu treffen sind.¹¹⁹¹

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung geht, wie erwähnt, davon aus, dass Nor- 507
men dann justiziabel sind, «wenn die Bestimmung inhaltlich hinreichend be-
stimmt und klar ist, um im Einzelfall Grundlage eines Entscheides zu bilden.
Die Norm muss mithin justiziabel sein, d.h. es müssen die Rechte und Pflichten
des Einzelnen umschrieben und der Adressat der Norm die rechtsanwendenden
Behörden sein.»¹¹⁹² Dies liesse an sich eine Auslegung in Übereinstimmung mit
den soeben erläuterten Grundsätzen des Völkerrechts zu. Jedoch geht das Bun-
desgericht davon aus, dass dem UN-Pakt I nur in Ausnahmefällen direkte An-
wendbarkeit zukomme. Das Bundesgericht schliesst zwar nicht kategorisch aus,
dass gewisse WSK-Rechte auch *self-executing* sein können, aber dieser Charakter
wurde bisher noch in keinem konkreten Fall zuerkannt. In einem *obiter dictum*
wurde hingegen festgehalten, dass die in Art. 8 Abs. 1 lit. a UN-Pakt I enthaltene

¹¹⁸⁸ BGE 121 I 367, E. 2c; siehe auch: BORGHI/PREVITALI, S. 66, die diesen Entscheid als Beweis dafür anfügen, dass soziale Menschenrechte nicht per se nicht justiziabel sind.

¹¹⁸⁹ Auch grundsätzlich den justiziablen Charakter verneinend: ZÜND, S. 1348.

¹¹⁹⁰ CHATTON, reconnaissance, S. 450.

¹¹⁹¹ CHATTON, reconnaissance, S. 450.

¹¹⁹² BGE 136 I 297, E. 8.1.

Vereinigungsfreiheit unmittelbar anwendbar sei.¹¹⁹³ Diese zurückhaltende Rechtsprechung des Bundesgerichts wird nicht nur in der Lehre,¹¹⁹⁴ sondern auch vom WSK-Ausschuss kritisiert.¹¹⁹⁵

Diese Haltung war auch entscheidend für die Nichtratifikation des Zusatzprotokolls zum UN-Pakt I, das ein Individualbeschwerdeverfahren vorsieht. Dieses Protokoll kann als Bestätigung des oben Ausgeführten, dass die Justiziabilität von WSK-Rechten wie auch bei bürgerlichen und politischen Rechten anhand der Verpflichtungsdimensionen zu beurteilen ist, gesehen werden.¹¹⁹⁶

- 508 Hingegen hat das Bundesgericht in BGE 137 I 305 eine Beschwerde gegen eine untätige bzw. rückschrittliche Legislative zugelassen. Das Parlament des Kantons Zug sei gestützt auf das Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW) verpflichtet, Massnahmen zur tatsächlichen Gleichstellung von Mann und Frau zu ergreifen. Dass diese *obligation to fulfil* bestehe und der Kanton Zug durch das ersatzlose Streichen der Gleichstellungskommission diese Verpflichtung verletze, was rechtswidrig sei, stellt das Bundesgericht fest.¹¹⁹⁷ Der Kanton habe jedoch einen Ermessensspielraum bei der Wahl der Mittel zur Umsetzung dieser Verpflichtung, weshalb die konkrete Beschwerde im Resultat abgewiesen wurde.¹¹⁹⁸ Dennoch wurde damit das «Instrumentarium»¹¹⁹⁹ der gerichtlichen Durchsetzbarkeit von völkerrechtlichen Verpflichtungen stark erweitert, auch wenn es sich gem. Bundesgericht nicht um eine klassische Frage der Justiziabilität handle, da die Beschwerdeführer_innen nicht gefordert hätten, dass das Bundesgericht selber Schritte anordne. Aber bereits der gerichtliche Befund, dass eine Handlungspflicht besteht und eine Verletzung derselben festgestellt wird, ist eine Abkehr von der grundsätzlichen Haltung, Normen wie Art. 2 CEDAW seien lediglich programmatischer Natur und nicht gerichtlich durchsetzbar. Es folgt damit auch eine Annäherung an die Erkenntnisse, dass sich aus den *obligations to*

¹¹⁹³ BGE 121 V 246, E. 2e; VENTURA, N 27.

¹¹⁹⁴ Siehe z.B. KRADOLFER, Justiziabilität, S. 544; CHATTON, reconnaissance, S. 459; MAR-LÉTAZ, im Erscheinen.

¹¹⁹⁵ WSK-Ausschuss, Concluding Observations, Switzerland, 2010, § 5; wiederholt in: WSK-Ausschuss, Concluding Observations, Switzerland, 2019, § 5.

¹¹⁹⁶ Vgl. dazu ausführlich: CHATTON, reconnaissance, S. 460 ff.; auch bereits: N 483.

¹¹⁹⁷ Vgl. dazu auch ZÜND, S. 1356 f.; NAGUIB; SCHMID.

¹¹⁹⁸ BGE 137 I 305, E. 4.

¹¹⁹⁹ ZÜND, S. 1349.

respect, den *obligations to protect* und v.a. auch den *obligations to fulfil* gerichtlich durchsetzbare Ansprüche ergeben.¹²⁰⁰

Ebenfalls zeigt BGE 144 I 50,¹²⁰¹ dass die Frage der Justiziabilität von WSK-Rechten in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung in den Hintergrund rücken könnte. 509 Denn auch nicht justiziable Normen werden zur Bestimmung des Schutzbereichs eines als (blosses) Abwehrrecht verstandenen Rechts hinzugezogen, solange ein als justiziabel angesehenes Recht die Basis einer Beschwerde ist. Diese beiden Entscheidungen (BGE 137 I 305; BGE 144 I 50) zeigen, dass sich das Bundesgericht nur zögerlich mit der Frage der Justiziabilität auseinandersetzt und je eine Möglichkeit gefunden hat, um nicht explizit dazu Stellung nehmen zu müssen.

2. Ausserhalb der Justiziabilität

Zu bemerken bleibt, dass auch Normen und Normdimensionen, die nicht im oben 510 beschriebenen Sinne individuell justiziabel sind, verbindlich sind. Sie lassen sich zwar nicht durch die rechtsanwendenden Behörden (also insbesondere nicht durch Gerichte) im Einzelfall verwirklichen, sie verpflichten aber die gesetzgebenden Organe, tätig zu werden.¹²⁰² In diesem Sinne kommt ihnen eine institutionelle Funktion zu; es sind die passenden Institutionen zum Schutz der Menschenrechte zu schaffen.¹²⁰³ Der auch in Art. 35 BV enthaltene Grundrechtsverwirklichungsauftrag verdeutlicht, dass durch das Zusammenspiel der verschiedenen Verpflichtungsdimensionen ein effektiver Grundrechtsschutz in allen Rechtsbeziehungen zu erreichen ist.¹²⁰⁴ Die nicht individuell justiziablen, programmatischen und flankierenden Gehalte der Grund- und Menschenrechte zeichnen sich dadurch aus, dass ihre Umsetzung durch die Gesetzgebung zu erfolgen hat. Dabei kann auch gesetzgeberisches Unterlassen verfassungs- und völkerrechtswidrig sein. Die normative Bindungskraft dieser – nicht individuell durchsetzbaren Ebene – wird dadurch aber nicht geschwächt.¹²⁰⁵ Mitunter wird gefordert, dass die Grund- und

¹²⁰⁰ Vgl. dazu auch: ZÜND, S. 1355 ff.; MEDICI, S. 45 f.; KÄGI-DIENER REGULA, Urteilsbesprechung BGer 1C_549/2010 = BGE 137 I 305, AJP 3/2012, S. 400 ff.; NAGUIB.

¹²⁰¹ Siehe auch: N 499.

¹²⁰² VENTURA, N 59; explizit auch: WSK-Ausschuss, Staatenbericht Schweiz, 2018, § 14.

¹²⁰³ CHATTON, reconnaissance, S. 451.

¹²⁰⁴ MEDICI, S. 37.

¹²⁰⁵ MÜLLER J. P., S. 97; siehe auch: GÄCHTER, Grundrechtslehren, N 50.

Menschenrechte in der Gesetzgebung nicht nur als ein Interesse unter vielen berücksichtigt werden, sondern dass diesen Interessen auch eine Steuerungsfunktion zukommen soll.¹²⁰⁶

E. Schranken

1. Grundsatz bei Unterlassungspflichten (Verletzung durch aktives Staatshandeln)

- 511 Die aus den Menschenrechten vermittelten Ansprüche und Verpflichtungen des Staates gelten nicht absolut, sondern können mittels staatlicher Eingriffe verkürzt werden. Solche aktive Eingriffe sind nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässig. Eingriffe, die nicht gerechtfertigt werden können, bewirken eine Verletzung staatlicher Pflichten und individueller Rechte.¹²⁰⁷
- 512 Die einzelnen Menschenrechtsinstrumente halten jeweils Einschränkungsklauseln bereit, welche die Voraussetzungen darlegen, die für einen zulässigen Eingriff in ein Recht erfüllt sein müssen. Diese sind nicht identisch (vgl. z.B. Art. 8 Abs. 2 EMRK und Art. 36 BV), bringen aber grundsätzlich dieselben Grundideen zum Ausdruck. So werden eine gesetzliche Grundlage i.S. einer demokratischen Legitimation des Eingriffs, ein öffentliches Interesse und die Verhältnismässigkeit resp. Notwendigkeit des Eingriffs gefordert.¹²⁰⁸
- 513 Die EMRK kennt mit dem Recht auf Leben, dem Folterverbot und dem Verbot der Zwangs- und Pflichtarbeit Rechte, die absolut gelten und nicht eingeschränkt werden können. Die Bundesverfassung kennt keine nicht einschränkbaren Rechte, jedoch ist bei gewissen Rechten (z.B. Art. 12 BV) der Schutzbereich identisch mit dem Kerngehalt und da Eingriffe in den Kerngehalt ausgeschlossen sind, bewirkt dies, dass diese Rechte nicht eingeschränkt werden dürfen (Art. 36 Abs. 4 BV).

¹²⁰⁶ Siehe MEDICI, S. 37, m.H.a. WIEDERKEHR RENÉ, Die Kerngehaltsgarantie am Beispiel kantonaler Grundrechte, Diss. St. Gallen, Bern 2000, S. 221 f.

¹²⁰⁷ Statt vieler: RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, N 1182.

¹²⁰⁸ Ähnlich auch: MEDICI, S. 60 f.

2. Unklar bei Schutz- und Leistungspflichten (Verletzung durch Unterlassen)

a) EMRK

Grundsätzlich ist unbestritten, dass auch Schutz- und Leistungsverpflichtungen 514 des Staates nicht absolut gelten.¹²⁰⁹ Es ist aber weder im Anwendungsbereich der EMRK noch in demjenigen der BV (dazu nachfolgend N 517) restlich geklärt, wo die Schranken von positiven Verpflichtungen liegen können bzw. wie ein Eingriff in positive Rechte oder das Nichterfüllen von positiven (Schutz- und Leistungs-) Pflichten gerechtfertigt werden kann.¹²¹⁰ Ausgangspunkt der Verunsicherung scheint zu sein, dass in der Rechtsprechung zwischen staatlichem Handeln (Verletzung der negativen Pflichten) und Unterlassen (Verletzung positiver Pflichten) unterschieden wird, aber zuweilen bereits diese Unterscheidung nicht eindeutig vorgenommen werden kann.¹²¹¹ Darin liegt die Gefahr, dass eine (potentielle) Menschenrechtsverletzung nur als eindimensionales Problem einer staatlichen Handlung oder Unterlassung gesehen wird, während die Realität komplexer ist.¹²¹² Insbesondere LAVRYSEN kritisiert, die Unterscheidung zwischen aktivem und passivem Verhalten des Staates und die darauf folgenden unterschiedlichen Rechtfertigungsmöglichkeiten führten dazu, dass nicht in einer umfassenden Betrachtung untersucht werde, ob der Staat zu einer spezifischen Menschenrechtsverletzung beigetragen habe.¹²¹³

Der EGMR hält fest, dass die Prüfungsstruktur bei einer Verletzung der Unterlassungspflicht und bei einer Verletzung der Schutz- und Leistungspflichten «*broadly similar*» (weitgehend vergleichbar) sei.¹²¹⁴ Die Grenze zwischen den positiven und den negativen Pflichten könne zwar nicht präzise gezogen werden, aber die anwendbaren Grundsätze seien ähnlich. Egal ob ein Fall unter den Unterlassungs- oder Schutz- und Leistungspflichten analysiert werde, unterschieden sich die anwendbaren Kriterien nicht wesentlich. Insbesondere sei in beiden Konstellationen ein gerechter Ausgleich zwischen involvierten öffentlichen und privaten Interessen zu

¹²⁰⁹ Siehe BESSON SAMANTHA, Les obligations positives de protection des droits fondamentaux: un essai en dogmatique comparative, ZSR 122 (2003), S. 49–96, S. 86 f.; MEDICI, S. 59 m.w.H.

¹²¹⁰ Siehe z.B. DRÖGE, S. 337 ff.; LAVRYSEN, insbes. S. 221 ff., S. 309 ff.; MEDICI, S. 58 ff.

¹²¹¹ DRÖGE, S. 339; siehe v.a. auch das Sondervotum von Richter Wildhaber im Urteil EGMR v. 25.11.1994, Appl. No. 181831/91, *Stjerna ./ Finland*.

¹²¹² LAVRYSEN, S. 304 f.

¹²¹³ LAVRYSEN, S. 307 f.

¹²¹⁴ Siehe z.B. EGMR, *Lopez Ostra ./ Spanien*, § 51; weitere Hinweise bei LAVRYSEN, S. 222.

finden.¹²¹⁵ Darüber hinaus ist in beiden Fällen dem Staat ein gewisser Ermessensspielraum (*margin of appreciation*) zu belassen, denn verschiedene Schritte könnten geeignet sein, um der positiven Verpflichtung nachzukommen. Zudem könnten auch die z.B. in Art. 8 Abs. 2 EMRK genannten Ziele einer Einschränkung eines Rechts von einer gewissen Relevanz sein, um die notwendige Interessenabwägung vorzunehmen.¹²¹⁶

- 516 Ohne auf alle Unterschiede betreffend den Inhalt der einzelnen Teilaspekte der Prüfung eingehen zu können,¹²¹⁷ ist auf einen wesentlichen Unterschied hinzuweisen: Die in (Teil-)Anwendung der Einschränkungsklausel vorzunehmende Prüfung, ob eine Leistungspflicht verletzt wurde, hilft letztlich dabei, den Schutzbereich des Rechts zu bestimmen und somit festzustellen, ob überhaupt eine Leistungspflicht des Staats besteht.¹²¹⁸ Diese ergibt sich erst nach Anwendung einer Interessenabwägung – welche sich auf die generellen Einschränkungsgründe stützen kann.

Diese abweichende Struktur wird bereits seit geraumer Zeit kritisiert und die kritischen Stimmen fordern gestützt auf ein Sondervotum von Richter Wildhaber¹²¹⁹ aus dem Jahr 1994 ein einheitliches Prüfschema: Zunächst sei der Schutzbereich eines Rechts (mit seinen positiven und negativen Pflichten) zu definieren. In einem zweiten Schritt sei zu prüfen, ob der Staat das Schutzgut (durch Tun oder Unterlassen) beeinträchtigt habe, und in einem dritten, ob die Beeinträchtigung durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt sei und die Beeinträchtigung verhältnismässig sei.¹²²⁰

b) BV

- 517 Das Bundesgericht geht bei sozialen Grundrechten davon aus, dass Art. 36 BV sinngemässe (Teil-)Anwendung findet, wenn es darum geht, zu prüfen, ob konkretisierende Einschränkungen grundrechtlicher Leistungspflichten vor der Verfassung standhalten.¹²²¹ Diese Äusserung findet sich auch im bereits mehrfach erwähnten Urteil BGE 142 I 1, in welchem es um eine mögliche Einschränkung des Rechts auf Hilfe in Notlagen ging. Ein Eingriff in das Recht auf Hilfe in Notlagen

¹²¹⁵ So z.B. EGMR v. 30.06.2009, Appl. No. 32772/02, *Verein gegen Tierfabriken ./. Schweiz* (No. 2), § 82.

¹²¹⁶ So z.B. EGMR v. 08.07.2003, Appl. No. 36022/97, *Hatton u.a. ./. Vereinigtes Königreich*, § 98; weitere Hinweise bei: LAVRYSEN, S. 222.

¹²¹⁷ Siehe hierzu ausführlich: LAVRYSEN, S. 213 ff.

¹²¹⁸ So auch: MEDICI, S. 61.

¹²¹⁹ Im Urteil EGMR, *Stjerna ./. Finnland*.

¹²²⁰ DRÖGE, S. 355; LAVRYSEN, S. 313 ff.

¹²²¹ BGE 142 I 1, E. 7.2.4; BGE 131 I 166, E. 5.2.

scheitert jedoch daran, dass der Schutzbereich von Art. 12 BV seinem Kerngehalt entspricht.¹²²²

Die «Leitideen» von Art. 36 BV finden auf alle Grundrechte Anwendung,¹²²³ selbst wenn sich das System nicht zur direkten Übertragung auf soziale Grundrechte eignet.¹²²⁴ Dementsprechend ist eine Beeinträchtigung nur dann erlaubt, wenn dafür die erforderliche demokratische Legitimation vorhanden ist, die Massnahme von legitimen Gemeinwohlüberlegungen getragen ist und die Einzelne nur im Rahmen des Angemessenen und unter Wahrung der existenziellen Daseinsberechtigung getroffen wird.¹²²⁵ Dies scheint überzeugend, da Art. 36 BV die Prinzipien des rechtsstaatlichen Handelns gem. Art. 5 BV verdeutlicht und diese ohnehin für jegliches Staatshandeln gelten.¹²²⁶ 518

Kaum geklärt ist jedoch die Frage, ob überhaupt und, wenn ja, unter welchen Voraussetzungen die aus Freiheitsrechten abgeleiteten (justiziablen) Schutz- und Leistungspflichten eingeschränkt werden können.¹²²⁷ Hier steht ein staatliches Unterlassen im Einzelfall im Vordergrund und es ist zu klären, ob dieses eine staatliche Handlungspflicht verletzt. Dies kann sowohl als Problem der Einschränkung des Grundrechts als auch als Frage der Konkretisierung der positiven Pflicht im Einzelfall gesehen werden.¹²²⁸ Es ist primär zu prüfen, ob Massnahmen zum Grundrechtsschutz verfügbar sind und ob damit der Grundrechtsschutz ausreichend gewährleistet werden kann. Im Vordergrund steht dabei die Verhältnismässigkeit gem. Art. 36 Abs. 3 BV.¹²²⁹ Verlangt werden Massnahmen, die in einem angemessenen Verhältnis zur Schwere der Beeinträchtigung des Grundrechts stehen. Entscheidend ist, ob der Staat die erforderlichen und zumutbaren Massnahmen getroffen hat.¹²³⁰ Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit greift dabei insbesondere als ein Untermassverbot: Der Schutz hat angemessen zu sein und ein gewisses Minimum an Schutz soll nicht unterschritten werden, ansonsten wird das Grund- 519

¹²²² Siehe dazu bereits N 205 f.

¹²²³ RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, N 1191; EPINEY, BSK-BV, N 8 zu Art. 36 BV; SCHWEIZER, St. Galler Kommentar, N 5 zu Art. 36 BV; DUBEY, N 468; a.M. grundsätzlich: AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, N 138.

¹²²⁴ MAHON, Petit commentaire, N 4 zu Art. 36 BV.

¹²²⁵ SCHEFER, Beeinträchtigung, S. 9.

¹²²⁶ SCHWEIZER, St. Galler Kommentar, N 8 zu Art. 36 BV; DUBEY, N 468.

¹²²⁷ MEDICI, S. 60.

¹²²⁸ SCHEFER, Beeinträchtigung, S. 41; MEDICI, S. 59 f.

¹²²⁹ MEDICI, S. 62 m.w.H.

¹²³⁰ SCHEFER, Beeinträchtigung, S. 41.

recht verletzt.¹²³¹ Somit ergibt sich auch im Rahmen der BV der effektive Gehalt der grundrechtlichen Handlungspflichten erst aufgrund einer umfassenden Güter- und Interessenabwägung.¹²³²

c) UN-Pakt I

- 520 Im UN-Pakt I stehen Schutz- und Leistungspflichten im Vordergrund. Daher kann ein Blick auf den UN-Pakt I im Zusammenhang mit der Einschränkung dieser Dimensionen aufschlussreich sein. Grundsätzlich ist hier die Frage der Einschränkung von Rechten nach Art. 4 UN-Pakt I vom Retrogressionsverbot und von der Pflicht zur progressiven Verwirklichung der Rechte nach Art. 2 UN-Pakt I zu unterscheiden (siehe N 477).
- 521 Das Retrogressionsverbot avisiert in erster Linie Fälle von Ressourcenknappheit¹²³³ und ist als Gegenstück zur progressiven Implementierungspflicht zu sehen. Regressive Massnahmen unterliegen einer besonderen Rechtfertigungspflicht.¹²³⁴ Dabei dürfen sie keinesfalls in diskriminierender Weise erfolgen, was sich aus Art. 2 Abs. 2 UN-Pakt I ergibt. Schliesslich hat ein Staat, der solche Massnahmen ergreift, nachzuweisen, dass entweder eine Kompensation der Nachteile angeboten wird oder dass die (rückschrittliche) Massnahme, trotz Einsatz aller geeigneten Mittel, unvermeidbar war.¹²³⁵ Art. 2 Abs. 1 UN-Pakt I hilft dabei, festzustellen, ob ein Staat seiner Verpflichtung nachkommt, unter Ausschöpfung aller seiner Möglichkeiten Massnahmen zur Verwirklichung der Pakt-Rechte zu treffen.
- 522 Dahingegen handelt es sich bei Art. 4 UN-Pakt I um eine (generelle) Einschränkungsklausel der Pakt-Rechte.¹²³⁶ Diese Klausel kommt nur bei einer Beurteilung von Eingriffen in ein bereits in Übereinstimmung mit Art. 2 Abs. 1 UN-Pakt I gewährtes Recht zur Anwendung und bezieht sich somit nicht auf erst noch progressiv zu verwirklichende Schutz- und Gewährleistungspflichten.¹²³⁷ Art. 4 UN-Pakt I sieht vor, dass gewährte Rechte eingeschränkt werden können, wenn die Einschränkungen *«gesetzlich vorgesehen und mit der Natur dieser Rechte vereinbar*

¹²³¹ SCHEFER, Beeinträchtigung, S. 85 ff.

¹²³² MEDICI, S. 62.

¹²³³ MÜLLER A., S. 584; HERTIG RANDALL, S. 202.

¹²³⁴ KRADOLFER, S. 270; GÄCHTER, S. 41; KÄLIN/KÜNZLI, N 3.137.

¹²³⁵ KÄLIN/KÜNZLI, N 3.137.

¹²³⁶ HERTIG RANDALL, S. 200.

¹²³⁷ HERTIG RANDALL, S. 201; ALSTON/QUINN, S. 205; KRADOLFER, S. 277 f.; kritisch zu dieser Abgrenzung: MÜLLER A., S. 585.

sind und deren ausschliesslicher Zweck es ist, das allgemeine Wohl in einer demokratischen Gesellschaft zu fördern» (Art. 4 UN-Pakt I).¹²³⁸ Eine Einschränkung kann in jedem Stadium der progressiven Realisierung stattfinden: Sei es, wenn ein Recht erst in minimalem Umfang gewährt wird oder auch wenn es bereits umfassend gewährt ist.¹²³⁹

Die «Natur» eines Rechts wird als das Wesen oder die Essenz (*the essence*) eines Rechts umschrieben.¹²⁴⁰ Was die Essenz eines Rechts ist, muss für jedes Recht geklärt werden.¹²⁴¹ Eine überzeugende Interpretation ist, dass es sich bei der Essenz um die Mindestverpflichtung (siehe N 480 ff.) des jeweiligen Rechts handelt.¹²⁴²

Grundsätzlich geht die Praxis des WSK-Ausschusses davon aus, dass der Pakt I 523 durch staatliches Tun und durch Unterlassen verletzt werden kann.¹²⁴³ Die Kommentare deuten darauf hin, dass ein Tun unter Art. 4 UN-Pakt I zu untersuchen ist und ein Unterlassen unter Art. 2 UN-Pakt I. In beiden Prüfungsrastern ist die Verhältnismässigkeit und Zumutbarkeit einer (zu ergreifenden oder ergriffenen) Massnahme zu prüfen. Dies zeigen auch die bisher verabschiedeten Entscheide in Individualbeschwerdeverfahren vor dem WSK-Ausschuss, von welchen eine wesentliche Konkretisierung und Ausdifferenzierung des Anwendungsbereichs sowohl von Art. 2 Abs. 1 als auch von Art. 4 UN-Pakt I erhofft wurde.¹²⁴⁴

Im Fall *S.C und G.P. gegen Italien* wurde geprüft, ob ein Eingriff in den Unterlassungsanspruch (*obligation to respect*) aus dem Recht auf Gesundheit gem. Art. 12 524 UN-Pakt I nach Art. 4 UN-Pakt I gerechtfertigt werden kann.¹²⁴⁵

¹²³⁸ Siehe zur restriktiven Auslegung der legitimen Eingriffsgründe: WSK-Ausschuss, Communication No. 22/2017, *S.C and G.P. ./ Italien* v. 07.03.2019, E/C.12/65/D/22/2017, § 9; ALSTON/QUINN, S. 202; anlehnend daran: HERTIG RANDALL, S. 201; MÜLLER A., S. 573 f.; KRADOLFER, S. 279.

¹²³⁹ SAUL/KINLEY/MOWBRAY, S. 247.

¹²⁴⁰ Limburg Principles on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, UN doc. E/CN.4/1987/17, Annex, § 56.

¹²⁴¹ ALSTON/QUINN, S. 201.

¹²⁴² MÜLLER A., S. 579 ff.; gleicher Meinung: SAUL/KINLEY/MOWBRAY, S. 247; HERTIG RANDALL, S. 202.

¹²⁴³ WSK-Ausschuss, General Comment 14 (2000), § 39; WSK-Ausschuss, General Comment 19 (2007), § 64 f.

¹²⁴⁴ Vgl. zu den fehlenden Informationen zur Interpretation von Art. 4 UN-Pakt I: MÜLLER A.

¹²⁴⁵ WSK-Ausschuss, *S.C and G.P. ./ Italien*, § 10.1, 11.2.

Diese Voraussetzungen waren im zu beurteilenden Fall nicht erfüllt, da die erzwungene Implantation einer künstlich befruchteten Eizelle in die Gebärmutter einer Frau nicht mit der Natur des Rechts vereinbar sei.¹²⁴⁶

- 525 In einem anderen Fall wurde die Reduktion einer nicht beitragsgebundenen Invaliditätsrente als Folge der Inhaftierung des Beschwerdeführers auf die Vereinbarkeit mit dem Recht auf Soziale Sicherheit nach Art. 9 UN-Pakt I geprüft. Der Ausschuss hielt fest, dass auch beitragsunabhängige, bedarfsgebundene Sozialleistungen, die basierend auf einem innerstaatlichen Gesetz gewährt werden, nur gekürzt, verweigert oder eingestellt werden können, wenn diese Massnahme auf einer gesetzlichen Grundlage beruht, sie zumutbar und verhältnismässig ist und ein Mindestmass an Leistungen nicht unterschritten wird (Anwendung von Art. 4 UN-Pakt I).¹²⁴⁷

In casu gelang die Rechtfertigung, da die Kürzung der Rente mit dem geminderten Bedarf des Beschwerdeführers begründet werden konnte: Im Gefängnis ist für Essen und Unterkunft gesorgt, daher sinkt der Bedarf und die Rente kann nach unten angepasst werden.¹²⁴⁸

- 526 Dagegen wurde in einem weiteren Fall die Frage, ob das Recht auf eine angemessene Unterkunft dadurch verletzt war, dass die säumige Hypothekarschuldnerin nicht über das gegen sie eingeleitete Verwertungsverfahren benachrichtigt wurde, vorwiegend unter Art. 2 UN-Pakt I behandelt. Art. 11 UN-Pakt I verlange, dass Massnahmen, welche die effektive Verteidigung der Pakt-I-Rechte ermöglichten, ergriffen würden,¹²⁴⁹ und diese Pflicht, alle zumutbaren Massnahmen in dieser Hinsicht zu treffen, sei verletzt worden (Verletzung der *obligation to fulfil/obligation to provide*).¹²⁵⁰ Die Verteidigung der Regierung beschränkte sich in der Sache darauf, zu argumentieren, dass die getroffenen Massnahmen ausreichend seien, um einen effektiven Rechtsschutz zu ermöglichen.¹²⁵¹

¹²⁴⁶ WSK-Ausschuss, *S.C and G.P. ./ Italien*, § 11.2.

¹²⁴⁷ WSK-Ausschuss, Communication No. 1/2013, *Miguel Angel Lopez Rodriguez ./ Spanien* v. 04.03.2016, E/C.12/57/D/1/2013, § 11.3.

¹²⁴⁸ WSK-Ausschuss, *Miguel Angel Lopez Rodriguez ./ Spanien*, § 11.3.

¹²⁴⁹ WSK-Ausschuss, Communication No. 2/2014, *I.D.G. ./ Spanien* v. 17.06.2015, E/C.12/55/D/2/2014, § 12.4.

¹²⁵⁰ WSK-Ausschuss, *I.D.G. ./ Spanien*, § 15.

¹²⁵¹ WSK-Ausschuss, *I.D.G. ./ Spanien*, § 4.8.

Somit ist zusammenfassend festzuhalten: Die Prüfung nach Art. 4 UN-Pakt I wird angewandt, wenn eine Rechtsposition bereits realisiert wurde – hingegen sind noch nicht (progressiv) verwirklichte Gewährleistungspflichten diesem Prüfungsschema nicht zugänglich. Diesfalls ist anhand von Art. 2 UN-Pakt I zu entscheiden, ob eine Vertragsverletzung vorliegt. Wurde aber eine Gewährleistungspflicht durch innerstaatliches Recht individualisiert, ist Art. 4 UN-Pakt I bei einem Eingriff vollumfänglich anwendbar.¹²⁵² Dies gilt nach KRADOLFER auch bei regressiven Massnahmen, sofern diese individualisierte Gewährleistungspflichten einschränken.¹²⁵³ Es rechtfertigt sich, Art. 2 und 4 UN-Pakt I in einem alternativen Verhältnis zu sehen, da Art. 4 das Verbot der regressiven Massnahmen individuell-konkret verdichte¹²⁵⁴ und zudem der strengere Ansatz sei.¹²⁵⁵ Einigkeit besteht zwischen denjenigen, die eine kumulative Anwendung von Art. 2 und 4 UN-Pakt I fordern, und KRADOLFER insofern, als auch Erstere davon ausgehen, dass Rückschritte nur unter Berücksichtigung von Art. 4 UN-Pakt I möglich sein sollen. So sind regressive Massnahmen, bei denen durch aktives Staatshandeln progressiv verwirklichte Rechtspositionen generell geschmälert werden, nur zulässig, wenn sie notwendig sind, um das generelle Wohl in der Gesellschaft zu fördern.¹²⁵⁶

Im Vergleich zur EMRK zeigt sich, dass die zulässigen öffentlichen Interessen, die eine Einschränkung einer Pflicht rechtfertigen können, klarer umgrenzt sind. Jedoch findet auch hier nicht für alle Dimensionen ein einheitliches Prüfungsschema Anwendung.

¹²⁵² KRADOLFER, S. 277 f.

¹²⁵³ KRADOLFER, S. 283.

¹²⁵⁴ KRADOLFER, S. 278, m.H.a. abweichende Meinungen in Fn. 113.

¹²⁵⁵ KRADOLFER, S. 283.

¹²⁵⁶ MÜLLER, A., S. 587; KÜNZLI, S. 292; LECKIE SCOTT, Another Step towards Indivisibility: Identifying the Key Features of Violations of Economic, Social and Cultural Rights, Human Rights Quarterly 20 (1998), S. 81–124, S. 99; CRAVEN; so ist nachzuweisen, dass die eingesparten Mittel in einem anderen vom UN-Pakt I abgedeckten Bereich besser eingesetzt werden können, siehe KÜNZLI, S. 292.

IV. Grund- und menschenrechtliche Herausforderungen von sozialhilferechtlichen Beschäftigungsverhältnissen

A. Welche Dimension, welcher Grad, welche Justiziabilität?

- 529 Wie wirken sich diese erläuterten Grundsätze auf die Beurteilung der Zumutbarkeit einer Arbeit im sozialhilferechtlichen Kontext aus? Dazu ist zunächst zu klären, welche grundrechtlichen Dimensionen die Verpflichtung, an einem Beschäftigungsprogramm teilzunehmen, berührt.
- 530 Die Nothilfe gem. Art. 12 BV ist durch die BV selber als justiziables Leistungsrecht ausgestaltet. Art. 12 BV entspricht in seiner Funktion in «weitem Masse»¹²⁵⁷ den Gewährleistungen des UN-Paktes I und vor allem des Rechts auf einen angemessenen Lebensstandard gem. Art. 11 UN-Pakt I.¹²⁵⁸ Entsprechend wird Art. 11 UN-Pakt I in der Lehre für die Konkretisierung des Inhalts des Rechts auf Hilfe in Notlagen eine grosse Bedeutung zugemessen.¹²⁵⁹ GÄCHTER und WERDER weisen zudem auch auf den umgekehrten Zusammenhang hin: Art. 12 BV konkretisiert die «*core obligations*» der Art. 9, 11 und 12 UN-Pakt I, indem die justiziablen Minimalansprüche ausgeschieden werden (siehe zu diesen ausführlicher Kapitel 7, N 644 ff.), die für die Ausübung der Pakt-Rechte unabdingbar sind. Damit stelle die Schweiz sicher, dass die Paktrechte nicht leerliefen, obwohl das Bundesgericht ihnen kaum individualrechtlichen Gehalt beimesse.¹²⁶⁰ Die Leistungen aus Art. 12 BV sollen die Ausübung von Freiheitsrechten (effektiv) gewährleisten. Art. 12 BV ist somit auch als eine Umsetzung der *obligations to fulfil*, insbesondere des Rechts auf Leben und des Verbots unmenschlicher und erniedrigender Behandlung, zu sehen. Die Menschenwürde ist das eigentliche grundrechtliche Fundament der Nothil-

¹²⁵⁷ MÜLLER/SCHEFER, S. 765.

¹²⁵⁸ GÄCHTER, S. 44; BREINING-KAUFMANN/WINTSCH, S. 500; BIGLER-EGGENBERGER, N 5 zu Art. 12 BV, hält (richtigerweise) fest, der UN-Pakt I gehe über Art. 12 BV hinaus.

¹²⁵⁹ So etwa: AMSTUTZ, S. 180; BREINING-KAUFMANN/WINTSCH, S. 500; BELSER/WALDMANN, S. 38; SCHALLER SCHENK, S. 352; RÜEGG, S. 31.

¹²⁶⁰ GÄCHTER, S. 44; GÄCHTER/WERDER, BSK-BV, N 12 zu Art. 12 BV.

fe,¹²⁶¹ welche den menschenrechtlichen Kern, den der schweizerische Sozialstaat garantiert, darstellt und nicht eingeschränkt werden kann.¹²⁶² Dies geht auch aus der Anerkennung des Grundrechts auf Existenzsicherung in BGE 121 I 367 hervor. Darin ist auch eine kollektive Leitidee enthalten, nämlich dass sich die Menschen der Rechtsgemeinschaft einen minimalen Beistand schulden, wenn sie in Not sind.¹²⁶³

Auch die Sozialhilfe ist als Umsetzung positiver Pflichten, die sich aus den Menschen- und Grundrechten ergeben, zu sehen. Im Kern ist die Sozialhilfe ein unmittelbar anwendbares Menschenrecht,¹²⁶⁴ was sich auch aus den «*core obligations*» zu Art. 9, 11 und 12 UN-Pakt I ergibt. Darüber hinaus ist Sozialhilfe jedoch kein individuell justiziable Verfassungsanspruch, sondern wurde in den Kantonen als einfachgesetzlicher Anspruch¹²⁶⁵ umgesetzt. Strukturell sind die leistungsauslösenden Tatbestände der Not- und der Sozialhilfe deckungsgleich.¹²⁶⁶ Unterschiede zur Nothilfe ergeben sich nicht nur in Bezug auf die Leistungshöhe, sondern auch in Bezug auf die Frage, wie dieser Anspruch auf Sozialhilfe eingeschränkt werden kann. Der gebotene Umfang der Leistungen, um das menschenrechtliche Schutzversprechen einzulösen, lässt sich zwar nicht zweifelsfrei und klar bestimmen, aber eine Eingrenzung ergibt sich zumindest aus dem Untermassverbot. So ist anzuerkennen, dass es sich auch bei der einfachgesetzlich gewährleisteten Sozialhilfe um die Verwirklichung grund- und menschenrechtlicher Positionen handelt. Die Idee von Solidarität und menschenwürdigem Dasein wird durch die Sozialhilfe über die Nothilfe hinaus weitergeführt und liegt somit beiden Leistungen zu Grunde.¹²⁶⁷ Auch hier sind die Schutz- und Gewährleistungspflichten angesprochen, insbesondere die *obligations to fulfil*, welche die Kantone mittels Schaffung von Leistungsansprüchen progressiv i.S.v. Art. 2 Abs. 1 UN-Pakt I verwirklicht haben.

531

¹²⁶¹ HÄNZI, S. 114; im Ergebnis auch: WIZENT, S. 166.

¹²⁶² Siehe zu dieser Idee auch schon: MÜLLER J. P., Soziale Grundrechte, S. 238 f.; BORGHİ, S. 129.

¹²⁶³ MÜLLER/SCHEFER, S. 774; SCHALLER SCHENK, S. 258.

¹²⁶⁴ WIZENT, S. 72 sowie S. 121.

¹²⁶⁵ Grundsätzlich für das Bestehen eines Rechtsanspruches seit dem Inkrafttreten der moderneren Sozialhilfegesetze und der Anerkennung eines grundrechtlichen Anspruchs auf Existenzsicherung: WIZENT, S. 82; noch differenzierend nach Kantonen: WOLFFERS, S. 90; GYSIN, S. 112; COULLERY, S. 80.

¹²⁶⁶ WIZENT, S. 121.

¹²⁶⁷ SCHALLER SCHENK, S. 258.

- 532 Die Leistungen der Sozialhilfe und der Nothilfe beruhen beide auf dem sozialen Umstand der Armut, welche in grund- und menschenrechtlicher Hinsicht als ein Mangel an Verwirklichungschancen und der Teilhabe an den Freiheitsrechten beschrieben werden.¹²⁶⁸ Die Leistungen sollen also eine ausreichende Chance zur Grundrechtsausübung bieten und sind somit Ausdruck eines konstitutiv-institutionellen Grundrechtsverständnisses, welches den Staat auch zu Leistungen verpflichtet.

Eingängig mit den Anforderungen an die materielle Ausgestaltung der Sozialhilfe unter Berücksichtigung des menschenrechtlichen Fundaments derselben haben sich WIZENT und MARLÉTAZ auseinandergesetzt, Letzterer v.a. auch mit einem starken Fokus auf den UN-Menschenrechtsschutz; dasselbe gilt für die Nothilfe für AMSTUTZ und ebenfalls jüngst für GORDZIELIK für den Asylbereich, auch sie mit Fokus auf internationale Normen. Dieser Frage wird nachfolgend nicht mehr nachgegangen.

B. Welche Schranken?

- 533 Die Sozialhilfe ist also ein im Kern unmittelbar anwendbares Menschenrecht und darüber hinaus eine einfachgesetzliche Umsetzung von progressiv zu verwirklichenden Gewährleistungspflichten. Wird genauer betrachtet, was bei einer Verpflichtung zur Teilnahme an einem Beschäftigungsprogramm geschieht, eröffnet sich ein Spannungsfeld: Die Leistungen der Sozialhilfe sind Ausdruck von staatlichen Gewährleistungspflichten und der *obligations to fulfil* der Grundrechte. Ein Beschäftigungsprogramm kann das Ziel verfolgen, zu einer Reintegration beizutragen und somit dem Leistungsbezug zu Grunde liegenden (grundrechtlichen) Problem der mangelnden Chancen der Verwirklichung von Grundrechten entgegenzuwirken. In diesem Sinne kann es als staatliche Leistung i.S. der Gewährleistungspflichten gesehen werden.
- 534 Andererseits erfolgt ein Eingriff in die Autonomie: (Ungekürzter) Leistungsbezug wird an die Pflicht geknüpft, an einem Programm teilzunehmen. Mit dieser Einforderung von aktiven Beiträgen als Anspruchsberechtigung für die – grundrechtlich begründeten – staatlichen Leistungen werden also wiederum Elemente eingeführt, die als staatlicher Eingriff in die Freiheit und schliesslich auch in die Würde der Betroffenen erscheinen können. Durch die Verknüpfung von Anreiz und Zwang kann die zu fördernde Autonomie und Selbstverantwortung untergra-

¹²⁶⁸ Siehe auch SUTER, N 21 ff., insbes. N 39 ff. für verschiedene Armutskonzepte.

ben werden.¹²⁶⁹ Dies kann als «fürsorgliche Belagerung»¹²⁷⁰ bezeichnet werden, als Ausdruck eines repressiven Wohlfahrtsstaates¹²⁷¹ oder auch als Gefährdung der Grundrechte.¹²⁷² Es werden damit zumindest Bedingungen geschaffen, welche die Ausübung von Grundrechten – wie sie durch die Sozial- und Nothilfe gefördert werden sollte – erschweren oder gar verunmöglichen.¹²⁷³

Die grundlegende Herausforderung, die der aktivierende Sozialstaat stellt, ist, dass die Erwartungen auf die aktive Teilnahme der Hilfesuchenden ausgedehnt werden. Diese Erwartungen werden an Sanktionen geknüpft. Auch diese müssen aber auf eine Art begründet werden können, die mit den Unterlassungspflichten (*obligations to respect*) vereinbar ist. Die Freiheit, sich der erwarteten Mitwirkung zu entziehen, sollte berücksichtigt werden.¹²⁷⁴ Schliesslich sind Beschäftigungsprogramme und Arbeitseinsätze gleichzeitig eine Leistung des Staates und ein Eingriff, was die Ambivalenz des aktivierenden Sozialstaates ausdrückt.¹²⁷⁵ 535

Es stellt sich also die Frage, wie abwehrrechtliche Dimensionen von Grundrechten in der Sozial- und der Nothilfe, die darauf abzielen, die Grundrechte zu verwirklichen und den Gewährleistungspflichten (*obligations to fulfil*) nachzukommen, wirken.¹²⁷⁶ Während festgestellt werden kann, dass die Erfüllung einer Verpflichtungsebene nicht davor befreit, auch die weiteren Verpflichtungen aus den Grundrechten wahrzunehmen, ist wenig geklärt, wie die Grundrechte in einem aktivierenden Sozialstaat wirken¹²⁷⁷ und wie einzelne Dimensionen der Grundrechte allenfalls gegeneinander abzuwägen sind. Oder wie WIZENT treffend festhält: «Die Aufgabe, freiheitsbefähigende soziale Sicherheit und freiheitsgefährdende nivellierende Bevormundung in ein angemessenes Verhältnis zu setzen, gleicht der «Quadratur des Kreises»».¹²⁷⁸ 536

¹²⁶⁹ PÄRLI, Wirkungen, N 20.

¹²⁷⁰ PÄRLI, Wirkungen, N 22.

¹²⁷¹ VONK.

¹²⁷² SCHEFER, Gefährdung, S. 444 f.

¹²⁷³ SCHEFER, Gefährdung, S. 445.

¹²⁷⁴ EICHENHOFER, S. 146.

¹²⁷⁵ JENAK, S. 290.

¹²⁷⁶ So auch: STUDER/PÄRLI, Duty to Work, S. 96 f.

¹²⁷⁷ GÄCHTER, S. 34.

¹²⁷⁸ WIZENT, S. 96; mit Hinweis auf MARTENS WOLFGANG, Grundrechte im Leistungsstaat, in: VVDStRL 30 (1972), S. 19.

- 537 DRÖGE stellt das Begehren der Grundrechtsträger_in ins Zentrum, um zu entscheiden, ob ein staatliches Handeln in erster Linie als aktiver Eingriff durch ein staatliches Tun in ein Recht zu prüfen ist oder ob es sich um eine Verletzung staatlicher Pflichten durch ein Unterlassen handelt: Fordert eine Person materielle Unterstützung vom Staat zur Verwirklichung ihrer Freiheit? Oder fühlt sich eine Grundrechtsträger_in durch den Staat in einer bereits gewährten Autonomie beeinträchtigt?¹²⁷⁹ Wird Unterstützung gefordert, stehen Schutz- und Gewährleistungspflichten des Staates im Vordergrund; wird ein Eingriff in die Autonomie beklagt, stehen die Unterlassungspflichten im Vordergrund.
- 538 Ob eine Person Anspruch auf einen Platz in einem Beschäftigungsprogramm hat, mit welchem sie Herstellung von Autonomie und wirklicher Freiheit fordert, ist vorwiegend eine Frage des Umfangs der staatlichen Leistungspflicht. Wie oben dargestellt, ist diesfalls mittels einer Interessenabwägung festzustellen, ob alle in Anbetracht der Schwere der Beeinträchtigung des Grundrechts erforderlichen Massnahmen getroffen wurden, um das Recht zu verwirklichen.
- 539 Eine Person, die grundsätzlich einen Anspruch auf Sozialhilfe hat und unter Androhung von Sanktionen dazu aufgefordert wird, an einem Beschäftigungsprogramm teilzunehmen, fordert in erster Linie, dass der Staat einen Eingriff in ein bereits gewährtes Recht unterlässt. Dieser wäre dementsprechend als ein Aspekt des Abwehranspruchs zu behandeln und hätte den Voraussetzungen in Art. 4 UN-Pakt I resp. Art. 36 BV, Art. 8 Abs. 2 EMRK etc. standzuhalten.¹²⁸⁰
- 540 Es handelt sich dabei zwar nicht um einen unmittelbaren Eingriff in die Freiheit der Betroffenen, mit welchem entweder ein bestimmtes Verhalten verboten (z.B. einen Beruf auszuüben) oder vorgeschrieben wird (z.B. unter polizeilichem Zwang zu einer Arbeit zu erscheinen). Vielmehr wird der (ungekürzte) Leistungsbezug mit der Erfüllung von bestimmten Pflichten verknüpft und so ein indirekter oder mittelbarer Zwang ausgeübt, sich in der vom Gesetz oder von einer individuellen Anordnung geforderten Art zu verhalten, um weiterhin in den (vollen) Genuss von staatlichen Leistungen zu kommen.¹²⁸¹ Eine zwangsweise durchsetzbare Pflicht zur Arbeit entsteht jedoch nicht.¹²⁸² Die Voraussetzungen für die Wahr-

¹²⁷⁹ DRÖGE, S. 347.

¹²⁸⁰ So z.B. auch: HÄNZL, S. 72; AKKAYA, S. 70; AMSTUTZ, S. 125.

¹²⁸¹ RIEMER-KAFKA/LISCHER, S. 532.

¹²⁸² Was mit der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichts, wonach eine Weisung, an einem Beschäftigungsprogramm teilzunehmen, auch mit einer Strafandrohung nach Art. 292 StGB verbunden werden könnte, teilweise relativiert wird, vgl. BGE 142 I 1, E. 7.2.5.

nehmung gewährleisteter Ansprüche werden indirekt erschwert und es entsteht eine Zwangswirkung, die darin besteht, sich entweder den Aktivierungspflichten unterzuordnen oder die gekürzten Leistungen zu akzeptieren. Daraus resultiert entweder eine Verkürzung der Leistungsansprüche oder eine Einschränkung der Autonomie (Abwehransprüche).¹²⁸³

Diese Zwangswirkung ist nach der wohl herrschenden Lehre¹²⁸⁴ intensiv genug, 541
um als Eingriff in den Schutzbereich diverser Grundrechte qualifiziert zu werden, und wird auch vom Bundesgericht als solcher – als Aspekt der Abwehrrechte – geprüft. Der Eingriff z.B. in die persönliche Freiheit wird dabei als leicht beurteilt.¹²⁸⁵

Jedoch wird dadurch vernachlässigt, welche Folgen diese Beurteilung auf die 542
Leistungsansprüche hat: Wird ein Einsatz im Programm als zumutbar beurteilt, können die Sozialhilfeleistungen gekürzt werden resp. erfolgt ein Verlust der Anspruchsberechtigung i.S. des Subsidiaritätsprinzips.

Es fehlt m.E. demnach eine umfassende menschenrechtliche Betrachtung der Si- 543
tuation, denn die Rechtfertigung des Eingriffs in die abwehrrechtliche Dimension führt zur Verneinung der leistungsrechtlichen Ansprüche, die bereits gewährleistet waren, was wiederum auch bedeutende Auswirkungen auf die menschenrechtliche Situation und die Würde der Betroffenen haben kann. LAVRYSEN stellt diesbezüglich treffend fest, dies führe dazu, dass der Status quo als Ausgangspunkt genommen werde. Dabei werde vernachlässigt, dass, um den Status quo zu erreichen, bereits positive Schritte unternommen worden seien und sich der Staat so hinter der «Fiktion» des passiven Staates verstecken könne, um ein tieferes (positives) Schutzniveau zu rechtfertigen.¹²⁸⁶

¹²⁸³ So auch: STUDER/PÄRLI, Duty to Work, S. 97.

¹²⁸⁴ BIAGGINI, N 5 zu Art. 36 BV; SCHEFER, Gefährdungen, S. 451; SCHWEIZER, St. Galler Kommentar, N 2 zu Art. 36 BV; EPINEY, BSK-BV, N 18 zu Art. 36 BV; WIZENT, S. 96; HÄNZLI, S. 72; RIEMER-KAFKA, S. 59.

¹²⁸⁵ BGE 139 I 218, E. 4.3; siehe dazu auch N 964 ff.

¹²⁸⁶ LAVRYSEN, S. 307.

C. Faktischer Grundrechtseingriff als Lösung?

1. Einleitung

544 Das sozialhilferechtliche Schrifttum hat sich bisher nicht in grundlegender Weise mit der Lösung dieser Herausforderungen beschäftigt. So wünscht sich etwa WIZENT, dass man sich vermehrt mit sozialen Grundrechten auseinandersetze und dabei jedoch gerade vor dem Hintergrund des aktivierenden (oder bevormundenden) Sozialstaates der Unterlassungsfunktion der liberalen Abwehrrechte grössere Aufmerksamkeit schenke.¹²⁸⁷ Dabei verweist der Autor auch auf die sozialversicherungsrechtliche Rechtsprechung zum sog. «faktischen Grundrechtseingriff»,¹²⁸⁸ wonach die grundrechtlich geschützten Betätigungsmöglichkeiten des Leistungsansprechers angemessen zu berücksichtigen sind.¹²⁸⁹ Auch AMSTUTZ nimmt nicht für sich in Anspruch, dieses grundrechtstheoretische Problem zu lösen. Aber sie erwähnt, dass sich bei der Verpflichtung, alles Zumutbare zu unternehmen, um aus der Notlage herauszukommen, das Problem von verfassungswidrigen Auflagen stelle. Dabei verweist sie auf die entsprechende US-amerikanische Gerichtspraxis und die sozialversicherungsrechtliche Rechtsprechung, wonach die Vermittlungsfähigkeit in der ALV nicht von den politischen Ansichten der arbeitslosen Person abhängig gemacht werden darf.¹²⁹⁰ Später nimmt AMSTUTZ ebenfalls auf die Figur des faktischen Grundrechtseingriffs gem. BGE 113 V 22 Bezug und hält fest, dass diese Figur in der Argumentationsstruktur und im Schutzgedanken unverkennbare Parallelen zur Bestimmung der Anspruchsvoraussetzungen von Art. 12 BV aufweise.¹²⁹¹ Ein anderer Autor belässt es dabei, in Erinnerung zu rufen, dass rechtsstaatliche Grundsätze auch im aktivierenden Sozialstaat zu berücksichtigen seien

¹²⁸⁷ WIZENT, S. 124.

¹²⁸⁸ Gewisse Autor_innen sprechen auch vom mittelbaren oder indirekten Eingriff; zudem werden die Begriffe «faktischer Grundrechtseingriff» und «mittelbarer Grundrechtseingriff» nicht nur für die hier behandelte Situation benutzt, sondern etwa auch für Eingriffe, die mittels Realakt erfolgen, oder für Eingriffe, die sich als Nebenwirkungen von Eingriffen in die Rechte Dritter ergeben, vgl. etwa, SCHWEIZER, St. Galler Kommentar, N 2 zu Art. 36 BV.

¹²⁸⁹ WIZENT, S. 96 sowie S. 242, m.H.a. BGE 113 V 22 sowie die überwiegend sozialversicherungsrechtliche Literatur von LANDOLT, S. 96 ff.; RIEMER-KAFKA, S. 58 ff.; PÄRLI, Grundrechtliche Schranken, S. 266 ff.; sowie WOLFFERS, S. 94 ff.; VOGEL, S. 168 ff., aus dem Bereich der Sozialhilfe, welche jedoch nicht auf die entsprechende Rechtsprechung Bezug nehmen und keine analoge Anwendung propagieren.

¹²⁹⁰ AMSTUTZ, S. 176, m.H.a. BGE 109 V 275.

¹²⁹¹ AMSTUTZ, S. 270.

und Arbeitsverpflichtungen *broadly* – also weitgehend oder in groben Zügen – mit den Freiheitsrechten vereinbar sein sollten.¹²⁹²

Nachfolgend wird die Figur des faktischen Grundrechtseingriffs aufgrund ihrer 545 prominenten Erwähnung näher untersucht. Diese wurde, wie erwähnt, in der sozialversicherungsrechtlichen Rechtsprechung entwickelt, um Situationen zu erfassen, in denen der Eingriff in ein Grundrecht mittelbar oder eben faktisch erfolgt. Damit sind Konstellationen angesprochen, in denen die Verweigerung einer staatlichen Leistung dazu führt, dass den Betroffenen die tatsächlichen Voraussetzungen für die Ausübung ihrer Grundrechte fehlen.¹²⁹³ Zum anderen wird in einer etwas breiteren Perspektive die unhaltbar restriktive Auslegung von leistungsbe gründenden Vorschriften als faktischer Grundrechtseingriff behandelt. Damit wird generell ein Schutz von grundrechtlich geschützten Betätigungen in der Leistungsverwaltung hergestellt.¹²⁹⁴

Diese zwei Situationen werden nachfolgend unterschieden und es wird jeweils ein 546 Überblick über die dazu ergangene Rechtsprechung gegeben, bevor geprüft wird, ob sich eine Übertragung auf die hier untersuchte Situation rechtfertigt.

2. Bei nicht gewährten Leistungen

BGE 113 V 22 betraf einen teilinvaliden IV-Versicherten, der seinen Wohnsitz 547 von seinem Arbeitsort wegverlegte. Zur Bewältigung des Arbeitsweges forderte der Beschwerdeführer die Abgabe eines Elektrofahrzeuges. Dies lehnte die IV mit der Begründung ab, dass es dem Versicherten aus dem Blickwinkel der invalidenversicherungsrechtlichen Schadenminderungspflicht zumutbar gewesen wäre, an seinem alten Wohnort zu verbleiben.¹²⁹⁵ Das Bundesgericht hingegen zog in Erwägung, dass die Schadenminderungspflicht mit dem Grundrecht auf freie Wahl des Arbeitsortes und des Wohnsitzes in Konflikt trete.¹²⁹⁶ Diese grundrechtlichen Implikationen waren für das Bundesgericht gewichtig genug, um die vorgenommene Abgrenzung zwischen der zumutbaren Schadenminderungspflicht des Versicherten und der Leistungspflicht der IV neu zu prüfen. Durch die Nichtgewährung des Fahrzeuges resultiere eine faktische Grundrechtsverletzung: Dem

¹²⁹² EICHENHOFER, S. 146.

¹²⁹³ SCHEFER, Gefährdung, S. 451.

¹²⁹⁴ PÄRLI, Grundrechtliche Schranken, S. 270.

¹²⁹⁵ BGE 113 V 22, E. 3a.

¹²⁹⁶ BGE 113 V 22, E. 4a.

Versicherten werde die Wohnsitzverlegung – und somit die Wahrnehmung seiner Niederlassungsfreiheit – erschwert resp. verunmöglicht.

- 548 Bei der Auslegung von Leistungsnormen sowie der Überprüfung von Ermessensentscheiden sei den Grundrechten und den verfassungsmässigen Grundsätzen Rechnung zu tragen. Es dürfe nicht einseitig das öffentliche Interesse an einer sparsamen und wirtschaftlichen Versicherung gewichtet werden. Die grundrechtlich geschützten Betätigungsmöglichkeiten der Versicherten seien ebenfalls angemessen zu berücksichtigen.¹²⁹⁷ Der Grundsatz der Schadenminderung wäre gem. Bundesgericht überspannt, wenn der knapp 40-jährige Beschwerdeführer als Teilerwerbstätiger mit dem Argument, ein Verbleib am bisherigen Wohnort sei für die restliche Aktivitätsdauer zumutbar, keine Beiträge zur Ausübung seiner Niederlassungsfreiheit erhalten würde.¹²⁹⁸
- 549 Diese grundrechtsbasierte Bewertung der Schadenminderungspflicht hat zur Folge, dass eine «grundrechtsbezogene» Leistung gewährt wird. Dies kann als Ausdruck eines konstitutiven Grundrechtsverständnisses gesehen werden.¹²⁹⁹ Es wird die Herstellung von Autonomie gefordert; eine Leistung, die zur Sicherung der Grundrechtsausübung notwendig ist.¹³⁰⁰ Dieser Aspekt liegt nicht im Kern der hier untersuchten Problematik. Zwar kann die Sanktion, die ausgesprochen wird, wenn eine Verhaltenspflicht nicht beachtet wird, dazu führen, dass gewisse Grundrechte nicht mehr ausgeübt werden können, aber Kernpunkt im vorliegenden Kontext ist die (grundrechtskonforme) Ausgestaltung einer Verhaltenspflicht und nicht die (Grundrechts-)Adäquanz der Leistungen.

Zudem wurde die Anwendung dieser Form bisher beschränkt auf einmalige und vergleichsweise bescheidene Leistungen der IV.¹³⁰¹ Sobald Rentenleistungen, also dauernde und relativ bedeutende Leistungen, in Frage stehen, wird kaum eine grundrechtsbezogene Zumutbarkeitsprüfung vorgenommen, obwohl gerade in diesen Fällen häufig

¹²⁹⁷ BGE 113 V 22, E. 4d.

¹²⁹⁸ BGE 113 V 22, E. 4e.

¹²⁹⁹ SCHEFER, Gefährdung, S. 451; MÜLLER J. P., S. 79; so wohl auch AMSTUTZ, S. 270, wenn sie von der unverkennbaren Nähe zwischen der theoretischen Begründung des Grundrechts auf Hilfe in Notlagen und des faktischen Grundrechtseingriffs spricht.

¹³⁰⁰ MÜLLER J. P., S. 79.

¹³⁰¹ PÄRLI, Grundrechtliche Schranken, S. 268; BORGHI/PREVITALI, S. 72; weitere Fälle betreffen mit BGE 118 V 206 und BGE 121 V 8 die Kosten, die für den Besuch eines hospitalisierten Kindes anfallen, und mit BGE 134 I 105 die Kosten für einen behindertengerechten Umbau, um die Ausübung des Besuchsrechts sicherzustellen; nicht zugesprochen wurden hingegen die Kosten für einen Schulbesuch im Iran, siehe Urteil BGer 9C_6/2017 v. 17.02.2017, E. 3.2.2.2.

medizinische Eingriffe zur Diskussion stehen, die faktisch einen Eingriff in die körperliche Integrität herbeiführen können.¹³⁰² Zusätzlich wird moniert, diese Figur sei keine dogmatische Neuheit, sondern lediglich eine konsequente Anwendung der konstitutiven Funktion der Grundrechte, wonach Verwaltung und Gerichte gehalten seien, den Einfluss auf die Grundrechte zu berücksichtigen.¹³⁰³

3. Sanktionsbehaftete Arbeitspflichten

Unter der zweiten Perspektive, dass unhaltbar restriktive Auslegungen von leistungsbegründenden Normen faktische Grundrechtseingriffe herbeiführen, können v.a. Entscheidungen im Zusammenhang mit Leistungen der ALV genannt werden. 550

So wurde in BGE 109 V 275 festgehalten, dass die Vermittlungsfähigkeit einer versicherten Person nicht deswegen verneint – und damit die Leistungen verweigert – werden könne, weil die arbeitslose Person in der «*Groupe Action-Prison*» politisch aktiv gewesen sei. Die Mitgliedschaft in einer solchen Vereinigung, die nicht illegal sei, dürfe nicht zur Verneinung der Vermittlungsfähigkeit führen, selbst wenn damit evtl. die Chancen bei gewissen Arbeitgeber_innen, insbesondere der öffentlichen Verwaltung, eine Stelle zu finden, geschmälert würden. Solange jemand in einer geschützten Weise von der Meinungsäusserungsfreiheit Gebrauch mache, könne diese grundrechtlich geschützte Tätigkeit nicht als Argument gegen die Vermittlungsfähigkeit herangezogen werden.¹³⁰⁴ 551

Ähnlich wurde entschieden, dass die (arbeitslosenversicherungsrechtliche) Pflicht, eine Arbeit anzunehmen, in gewissen Fällen hinter die Religionsfreiheit zurücktreten muss.¹³⁰⁵ Sofern das private Interesse der betroffenen Personen, ihren Glaubensvorstellungen nachzuleben, das öffentliche Interesse an der Erfüllung der allgemeinen Schadenminderungspflicht überwiegt, darf die Ablehnung dieser Arbeit nicht zu einer Sanktion führen.¹³⁰⁶ 552

¹³⁰² PÄRLI, Grundrechtliche Schranken, S. 267 f.; siehe auch FÄSSLER, WEHRLI und DESPLAND; für ein Beispiel, wo die Schadenminderungspflicht höher als die Berufswahlfreiheit gewichtet wurde: Urteil BGer I 10/03 v. 30.08.2004, E. 3.4.

¹³⁰³ SCHÜRER, S. 9 (die Figur sei «ein Kind des konstitutiven Grundrechtsverständnisses»); MURER ERWIN, Grundrechtsverletzungen durch Nichtgewährung von Sozialversicherungsleistungen?, SZS 3/1995, S. 184–199, S. 193; BORGHI/PREVITALI, S. 73.

¹³⁰⁴ BGE 109 V 275, E. 2c.

¹³⁰⁵ Siehe auch die ausführliche Zusammenfassung bei RIEMER-KAFKA/LISCHER, S. 560 ff.

¹³⁰⁶ Urteil BGer C 274/04 v. 29.03.2005, E. 2.3.

So war zum Beispiel eine Angehörige der Hindukaste der Brahmanen zu Unrecht für die Ablehnung einer Stelle, bei der sie mit Fleischresten in Kontakt gekommen wäre, mit 25 Einstelltagen ihrer Arbeitslosenversicherungstaggelder sanktioniert worden.¹³⁰⁷ Ebenso war die Sanktionierung mit Einstelltagen einer strenggläubigen Muslimin für das Ablehnen einer Stelle, bei der sie aus Sicherheitsgründen kein Kopftuch hätte tragen dürfen, ein nicht hinzunehmender faktischer Grundrechtseingriff und somit vom Bundesgericht als nicht zulässig taxiert worden.¹³⁰⁸ Hingegen hat ein Atheist in einem christlich geprägten Hotel zu arbeiten, da das allgemein gehaltene Interesse, während der Arbeit nicht mit Glaubensansichten konfrontiert zu werden, für die Beurteilung der Zumutbarkeit weniger stark zu gewichten sei als das mit der Schadenminderungspflicht korrelierende öffentliche Interesse an der Durchführung einer amtlich zugewiesenen arbeitsmarktlichen Massnahme.¹³⁰⁹ Und trotz Glaubens- und Gewissenskonflikten hat sich eine gelernte Kauffrau auf eine Stelle in der Personalabteilung eines Waffenproduzenten zu bewerben und die arbeitslosenversicherungsrechtliche Sanktion – im betreffenden Fall 31 Einstelltage – hinzunehmen.¹³¹⁰ In diesem Zusammenhang kann auf den bereits erwähnten «Kristallnacht-Twitterer» verwiesen werden.¹³¹¹

- 553 Ähnliche Fragen stellten sich auch dem bernischen Verwaltungsgericht im Zusammenhang mit einem «unbelehrbaren und überzeugten Nationalsozialisten»,¹³¹² der seine politische Überzeugung als einen «medizinisch unheilbaren Charaktermangel»¹³¹³ bezeichnete und sich deswegen als nicht integrationsfähig betrachtete, weshalb er auch ein ihm zugewiesenes Beschäftigungsprogramm als unzumutbar betrachtete. Insbesondere war der bekennende Nationalsozialist nicht bereit, seine politische Gesinnung bei Bewerbungsgesprächen zu verschweigen. Das Verwaltungsgericht kam zum Schluss, Letzteres sei dem Beschwerdeführer zuzumuten, da er ansonsten seine Chancen auf dem Arbeitsmarkt leichtfertig schmälere und somit seine Pflicht, eine Notlage nach Kräften selber beheben zu helfen, verletze. Implizit ging das bernische Verwaltungsgericht davon aus, dass sich der Beschwerdeführer nicht in einer verfassungsmässig geschützten Weise der Meinungsäusserungsfreiheit bediene und sich vielmehr im Bereich der strafbaren Ras-

¹³⁰⁷ Urteil BGer C 145/94 v. 27.09.1996, E. 3, in: SVR 1997 ALV Nr. 90, S. 275 f.

¹³⁰⁸ ARV 1998 Nr. 47, S. 276 ff.

¹³⁰⁹ Urteil BGer C 274/04 v. 29.03.2005, E. 2.3.

¹³¹⁰ VerwG SG, Urteil AVI 2012/47 v. 27.03.2013.

¹³¹¹ Urteil BGer 8C_165/2015 v. 20.05.2015; siehe: N 110 f.

¹³¹² VerwG BE, Urteil 21034U v. 01.02.2001, A.

¹³¹³ VerwG BE, Urteil 21034U v. 01.02.2001, C.

sendiskriminierung bewege, weshalb sein privates Interesse hinter das öffentliche zurückzutreten habe.¹³¹⁴

Diese grundrechtsgeprägte Beurteilung von Verhaltenspflichten ist als Ausdruck 554 der abwehrrechtlichen Dimension der Grund- und Menschenrechte zu verstehen; die Betroffenen wehren sich in erster Linie gegen einen Eingriff in ihre gewährte Autonomie – ist dieser nicht gerechtfertigt, besteht auch weiterhin ein ungekürzter Anspruch auf die Leistungen der sozialen Sicherheit. Ist dieser gerechtfertigt, ist die Leistungskürzung hinzunehmen.

4. Übertragbarkeit

Eine Anwendung der Figur des faktischen Grundrechtseingriffs auf die vorliegend 555 untersuchte Problematik würde also fordern, die Zumutbarkeit der verordneten Teilnahme an einem Beschäftigungsprogramm an den Grundrechten zu messen. Entsprechend ist bei einer Nichtgewährung von Leistungen zu prüfen, ob diese nicht aus grundrechtlicher Sicht gefordert wären, und bei der Erteilung der Weisung, an einem Beschäftigungsprogramm teilzunehmen, ist zu prüfen, ob dadurch der Schutzbereich eines Grundrechts berührt wird und ob sich die Weisung in den Schranken von Art. 36 BV bewegt.¹³¹⁵

Ähnliches fordern auch WEHRLI und FÄSSLER: Sie setzen das Problem einer «angeordneten (medizinischen) Selbsteingliederung» einem Eingriff in das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit gleich und fordern entsprechend, dass sich dieser Eingriff an Art. 36 BV messen lassen müsse. Dies führe in der Regel zu anderen Resultaten als eine reine Prüfung der objektiven und subjektiven Zumutbarkeit, da v.a. auch die Eignung und die Erforderlichkeit der Massnahmen zu berücksichtigen seien.¹³¹⁶ Dem ist beizupflichten, auch wenn es teilweise über den bisher vom Bundesgericht gewählten Ansatz hinausgeht. Aber wie bereits festgehalten wurde, ist auch ein faktischer Grundrechtseingriff intensiv genug, um als Eingriff i.S.v. Art. 36 BV zu gelten und dementsprechend auch gem. Art. 36 BV geprüft zu werden.

Damit wird die Frage beantwortet, wie viel Anpassung einer Person im Sinne 556 eines reduzierten Grundrechtsgenusses zugemutet werden kann, um weiterhin in den Genuss staatlicher Leistungen zu kommen. Gleichzeitig werden damit jedoch

¹³¹⁴ VerwG BE, Urteil 21034U v. 01.02.2001, E. 3; siehe zu diesem Urteil ausführlicher: N 995.

¹³¹⁵ Vgl. PÄRLI, Grundrechtliche Schranken, S. 270.

¹³¹⁶ WEHRLI, S. 160; FÄSSLER, S. 150.

auch Aussagen darüber getroffen, wie viel Solidarität den Steuerzahler_innen zuzumuten ist, um die durch den Grundrechtsgenuss einzelner Personen entstandenen Kosten zu tragen.¹³¹⁷

- 557 Die Figur kann für die Beurteilung von Arbeitsverpflichtungen von Sozialhilfeempfänger_innen herangezogen werden, wenn sie in Konflikt mit Freiheitsrechten treten und die abwehrrechtliche Dimension des Grundrechts betroffen ist. Nicht gelöst wird damit jedoch die folgende Problematik: Führt eine grundrechtsbezogene Zumutbarkeitsprüfung zum Ergebnis, dass sich der Grundrechtsgenuss den Interessen der solidarischen Steuerzahler_innen unterzuordnen hat, ist der reduzierte Grundrechtsgenuss – also eine faktische Einschränkung des Grundrechts – hinzunehmen. Im sozialhilferechtlichen Kontext bedeutet dies, dass ebenfalls die Folgen einer verweigerten Mitwirkung in Form einer Kürzung der Sozialhilfe oder eines Verlusts der Anspruchsberechtigung zum Bezug von Nothilfe hinzunehmen sind. Gerade die letztere Konsequenz ist jedoch geeignet, das grundrechtliche Fundament des Sozialstaates an sich in Frage zu stellen. Wird keine Verletzung der negativen Pflichten festgestellt, wird angenommen, die positiven Pflichten seien ebenfalls erfüllt. Mit anderen Worten versteckt sich der Staat hinter der Fiktion des passiven Staates und es wird nicht berücksichtigt, dass der Status quo bereits der Verwirklichung positiver Verpflichtungen zu verdanken ist (siehe N 543).
- 558 Dieses Problem ist im bisherigen Anwendungskontext des faktischen Grundrechtseingriffs weniger drängend, da es sich bei den sozialversicherungsrechtlichen Leistungen nicht um das letzte Auffangnetz handelt, welches erst subsidiär zur Selbstverantwortung und zu weiteren Hilfsquellen greift. Im hier untersuchten Kontext ist es unerlässlich, die Folgen, die an das Nichterfüllen einer Verhaltenspflicht geknüpft sind, zu berücksichtigen. Womit wird Zwang auf die betroffene Person ausgeübt? Welche Rechte werden dadurch allenfalls verletzt? Sind Leistungen betroffen, welche ihre Begründung (einzig) in der Menschenwürde finden, hätte eine Abwägung an sich immer zu ergeben, dass die Solidarität den Steuerzahler_innen zuzumuten ist, da ein reduzierter Genuss der Menschenwürde niemandem zuzumuten ist.¹³¹⁸ Darüber hinaus würde mit einer anderen Betrachtung auch das kollektive Verständnis der Nothilfe und der Menschenwürde in Frage

¹³¹⁷ PÄRLI, Grundrechtliche Schranken, S. 261; siehe dazu auch ausführlicher: PÄRLI, Vertragsfreiheit, N 36, m.H.a. SOMEK ALEXANDER, Grenzen der Anpassung, in: Forge/Somek (Hrsg.), Vienna Working Papers in Legal Theory, Political Philosophie and Applied Ethics, No. 11, Wien 1998.

¹³¹⁸ SCHEFER, S. 249: «Ist hingegen die Menschenwürde in ihrem Gehalt als Kern sämtlicher Grundrechte betroffen, so ist keinem Menschen zumutbar, sich einer Rechtsordnung zu unterwerfen, die ihn ohne Schutz lässt.»

gestellt: Man könnte sich nicht mehr auf Hilfe und Beistand verlassen. Es darf zudem auch nicht vergessen werden, dass sich Gewährleistungspflichten nicht nur aus der einfachgesetzlichen Umsetzung ergeben, sondern auch direkt aus der Verfassung, v.a. aus Art. 12 BV, allenfalls i.V.m. einem Freiheitsrecht, folgen können.¹³¹⁹ Werden auch hier Kerngehalte betroffen, darf deren Schutz nicht unter den Vorbehalt von überwiegenden öffentlichen Interessen gestellt werden.¹³²⁰

Leistungen, die über diesen abwägungsfesten Kern der Nothilfe nach Art. 12 BV hinausgehen, sind einer Interessenabwägung grundsätzlich zugänglich. Diese hat jedoch die Bedingungen für einen Grundrechtseingriff zu erfüllen. Die Prüfung der Zumutbarkeit wiederum hat dann in einem grundrechtlich geprägten Sinn zu erfolgen, was erfordert, dass die öffentlichen Interessen die privaten überwiegen.¹³²¹ Jedoch darf nicht darüber hinweggesehen werden, dass auch die Leistungen der Sozialhilfe ein grundrechtliches Fundament haben und die Verwirklichung der Grundrechte anstreben. Die Frage, ob mit einer Kürzung von Sozialhilfeleistungen infolge nicht erfolgter Teilnahme an einem Programm der Staat seinen positiven Pflichten nachkommt, bleibt relevant.

D. Nachfolgend verwendeter Ansatz

Über die abwehrrechtliche Dimension hinaus hilft die Figur des faktischen Grundrechtseingriffs nur beschränkt, die Zumutbarkeit einer Arbeit in einem sozialhilfrechtlichen Beschäftigungsprogramm aus grund- und menschenrechtlicher Sicht zu beurteilen. Dies liegt v.a. daran, dass dadurch nur ungenügend berücksichtigt wird, dass – allenfalls eng mit der Menschenwürde zusammenhängende – Leistungsansprüche beeinträchtigt werden können.

Um eine menschenrechtskonforme Situation herbeizuführen, ist es nicht ausreichend, wenn der Staat (nur) die Unterlassungspflichten beachtet. Gleichzeitig ist zu berücksichtigen, dass die positiven Verpflichtungen zur Gewährleistung (anderer) Menschenrechte bestehen bleiben. Es muss also auch geprüft werden, ob ein Eingriff in ein bereits gewährleistetes Leistungsrecht gerechtfertigt werden kann oder nicht. Ist dies nicht der Fall, ist eine Verpflichtung zur Arbeit unzumutbar.

¹³¹⁹ WIZENT, S. 95.

¹³²⁰ AMSTUTZ, S. 270.

¹³²¹ HOFSTETTER, N 124; SCHWEIZER, St. Galler Kommentar, N 8 zu Art. 36 BV.

- 562 Auf einer weiteren Ebene können auch (nicht justiziable) Verpflichtungen des Staates die Ausgestaltung eines Beschäftigungsprogramms beeinflussen. Zu denken ist etwa an Pflichten zur progressiven Realisierung des Rechts auf Arbeit i.S. der Vollbeschäftigung oder der Sicherstellung von günstigen und gerechten Arbeitsbedingungen für alle Personen. Diese zeigen auf, in welche Richtungen die Anstrengungen des Staates zu gehen haben, und eine Rechtfertigungspflicht kann sich ergeben, wenn diesen progressiv zu erfüllenden Pflichten nicht nachgekommen wird.
- 563 Insgesamt können die grundrechtlichen Herausforderungen der aktivierenden Sozialhilfe und der Pflicht zur Teilnahme an Beschäftigungsprogrammen nicht alleine mit Fokus auf die abwehrrechtlichen Dimensionen der Grund- und Menschenrechte gelöst werden. Die Thematik verdeutlicht vielmehr, dass alle Menschenrechte voneinander abhängen und unteilbar sind. Es sind diverse Rechte und Dimensionen von Rechten involviert. Eine Betrachtung aus völker- und verfassungsrechtlicher Sicht hat all diese zu berücksichtigen, weshalb nachfolgend eine umfassende Betrachtung der involvierten staatlichen Verpflichtungen und individuellen Rechte erfolgt. Dabei wird insbesondere die integrative Auslegung i.S. der EMRK als ein hilfreiches Instrument angesehen, um einen umfassenden Blick für die gegenseitige Abhängigkeit von Menschenrechten zu behalten. Entsprechend wird nachfolgend auch die ESC hinzugezogen.

V. Zwischenfazit

- 564 Sowohl das Verfassungs- als auch das Völkerrecht sind bei der Ausgestaltung von sozialhilferechtlichen Beschäftigungsverhältnissen zu beachten. Dabei ergeben sich aus menschenrechtlichen Normen *drei Hauptverpflichtungen für den Staat*: Die Rechte müssen geachtet, geschützt und gewährleistet werden. Diese drei Dimensionen unterscheiden sich in Bezug auf ihren Verpflichtungsgrad, ihre Justiziabilität und ihre Schranken.
- 565 Die aktivierende Sozialhilfe und die Verpflichtung, an einem (zumutbaren) Beschäftigungsprogramm teilzunehmen, bewegen sich dabei in einem *Spannungsfeld* zwischen den verschiedenen Dimensionen. So ist zunächst festzuhalten, dass die Leistungen der Sozial- und Nothilfe auf einem «positiven» Grundrechtsverständnis beruhen. Positive staatliche Leistungen sind eine notwendige Voraussetzung zur Grundrechtsausübung. Dabei stellt die Nothilfe gem. Art. 12 BV ein

eigenes justiziables soziales Grundrecht in Umsetzung der grundlegendsten Gewährleistungspflichten dar; der gesetzliche Anspruch auf Sozialhilfe führt diese Idee über ein justiziables Minimum hinaus weiter und setzt so weitere Menschenrechte progressiv um.

Mit verhaltensabhängigen Anspruchsvoraussetzungen und Verhaltenspflichten 566 werden Bedingungen geschaffen, die den Zugang zu diesen Leistungen erschweren und die Ansprüche an sich in Frage stellen; dies führt auch zu (faktischen) Eingriffen in die Abwehrrechte der Betroffenen. Um diese Eingriffe zu beurteilen, kann die Figur des faktischen Grundrechtseingriffs, wie er in der sozialversicherungsrechtlichen Rechtsprechung entwickelt wurde, als Ausgangspunkt zur Beurteilung von Grundrechtseingriffen durch Aktivierungspflichten genommen werden. Eine direkte Übertragung auf die hier untersuchte Situation führt jedoch nicht zur *notwendigen umfassenden Betrachtung*. Es wird zwar die Abwehrfunktion der Grundrechte verstärkt betont, aber gleichzeitig wird vernachlässigt, dass Leistungsansprüche beeinträchtigt sein können, die eng mit der Menschenwürde zusammenhängen und auf eigenständigen Verfassungsnormen beruhen.

Im Nachfolgenden werden daher die involvierten Rechte umfassend betrachtet 567 und insbesondere auch die nicht justiziablen Verpflichtungen, welche bei der Ausgestaltung von (sozialpolitischen) Normen ebenso zu berücksichtigen sind, herangezogen, um festzustellen, ob die Praxis völkerrechts- und verfassungskonform ist.

Kapitel 5 Sozialstaatliche (Ziel-)Vorgaben der BV

I. Einleitung

568 Die Frage, was den einzelnen Personen in Selbstverantwortung zugemutet werden kann und wo die Leistungspflicht des solidarischen Gemeinwesens beginnt, ist von ständigen Auseinandersetzungen geprägt und die Grenzziehung erweist sich als herausfordernd.¹³²² Es kann dabei auch von einer Grundsatzfrage des Sozialstaates gesprochen werden,¹³²³ weshalb sich der nachfolgende Blick auf verfassungsrechtliche Grundsatznormen zur Ausgestaltung des sozialen Rechtsstaates aufdrängt. Zuerst folgt ein allgemeiner Überblick über die Sozialverfassung (II). Danach gilt den Normen besondere Aufmerksamkeit, welche die Selbstverantwortung oder die Solidarität adressieren (III), und hierbei insbesondere Art. 6 BV, da diese Norm die Selbstverantwortung direkt anspricht (III.B.2).

II. Sozialstaatlichkeit und die Sozialverfassung

A. Präambel und Zweckbestimmung

569 Die Präambel der Bundesverfassung, welcher keine eigene rechtliche Tragweite zukommt, die jedoch ihre Teilaspekte in der BV konkretisiert sieht,¹³²⁴ hält fest, «dass frei nur ist, wer seine Freiheit gebraucht, und dass die Stärke des Volkes sich misst am Wohl der Schwachen». Damit klingt die sozialstaatliche Ausrichtung

¹³²² SUTER, N 73.

¹³²³ Ähnlich: MURER ERWIN, Rechte ohne Pflichten?, SZS 6/2012, S. 481–506, S. 481.

¹³²⁴ BERTSCHI/GÄCHTER, S. 12; BIAGGINI, N 2 f. zur Präambel der BV; MAHON, Petit commentaire, N 3 zur Präambel; SUTER, N 63; HÄNZI, S. 42; kritisch aber im Ergebnis auch: BELSER, BSK-BV, N 12 zur Präambel der BV.

der Verfassung an.¹³²⁵ Die Sozialstaatlichkeit als Prinzip der Verfassungsordnung fasst die Bestimmungen zusammen, «die allen Menschen ein Leben in sozialer Gerechtigkeit ermöglichen, die Menschenwürde aufrechterhalten und die soziale Teilhabe aller Individuen fördern soll».¹³²⁶

Dazu gehört auch der (Zweck-)Artikel 2 BV, wonach Staatszweck ist, die gemeinsame Wohlfahrt¹³²⁷ und den inneren Zusammenhalt¹³²⁸ zu fördern sowie für möglichst grosse Chancengleichheit unter den Bürger_innen zu sorgen.¹³²⁹ Die Förderung der gemeinsamen Wohlfahrt und einer genügenden Existenzsicherung kann als Voraussetzung für das Funktionieren des liberal demokratischen Rechtsstaates gesehen werden,¹³³⁰ was auch erklärt, wieso die Sozialstaatlichkeit als ein tragendes Staatsprinzip gilt. Diese Sichtweise hat sich jedoch erst im 20. Jahrhundert mit einer Abkehr von einem reinen Nachtwächterstaat durchgesetzt. Letzterem war die Idee fremd, dass der Staat (soziale) Leistungen erbringt und die faktische Verwirklichung von (staatlichen) Grundwerten – Menschenwürde, Freiheitsrechte, Rechtsgleichheit – anstrebt.¹³³¹ 570

Der Orientierungsgehalt des Sozialstaatsprinzips als staatliches Strukturprinzip besteht im Bekenntnis zur sozialen Verantwortung des Staates. Dieses umfasst das Engagement für die sozial Schwächeren und den Auftrag (aus Art. 2 BV), soziale Sicherheit, soziale Gerechtigkeit, sozialen Ausgleich und Chancengleichheit zu gewährleisten.¹³³² Dieser Auftrag ist verbindlich, aber auch konkretisierungsbedürftig.¹³³³ 571

Dass die soziale Sicherheit zu gewährleisten unterdessen ein Hauptziel der Schweiz ist, wurde auch durch Entwicklungen auf internationaler Ebene gefördert. Erst dadurch ist die Schweiz überhaupt in Kontakt mit dem Konzept der 572

¹³²⁵ MEYER-BLASER/GÄCHTER, N 17; SUTER, N 63.

¹³²⁶ SUTER, N 55 m.w.H.

¹³²⁷ Dieses Staatsziel war bereits in der Bundesverfassung von 1948 in Art. 2 enthalten, siehe dazu ausführlich: TSCHUDI H. P., Wohlfahrt.

¹³²⁸ Art. 2 Abs. 2 BV.

¹³²⁹ Art. 2 Abs. 3 BV.

¹³³⁰ HÄNZI, S. 42, Fn. 338, m.H.a. MÜLLER JÖRG PAUL, Grundrechte in der Schweiz, Im Rahmen der Bundesverfassung von 1999, der UNO-Pakt und der EMRK, Bern 1999.

¹³³¹ MEYER-BLASER/GÄCHTER, N 6 f.; GÄCHTER/BURCH, N 3.7 f.; siehe auch: AUBERT, Petit commentaire, N 3 zu Art. 2 BV betr. die Neudeutung des Begriffs der gemeinsamen Wohlfahrt.

¹³³² MEYER-BLASER/GÄCHTER, N 10; GÄCHTER/BURCH, N 3.12.

¹³³³ AUBERT, Petit commentaire, N 9 zu Art. 2 BV.

sozialen Sicherheit gekommen.¹³³⁴ International massgebende Entwicklungen gingen insbesondere von der ILO aus, welche 1944 in der Erklärung von Philadelphia¹³³⁵ erklärte, dass Arbeit keine Ware ist. Um zu verhindern, dass Arbeit als Ware gehandelt wird, sind Massnahmen der sozialen Sicherheit auszubauen und allen ein Mindesteinkommen zu sichern, die ein solches benötigen.¹³³⁶ Dabei wurde eine universelle Geltung dieses Schutzes proklamiert, was den menschenrechtlichen Charakter dieser Rechte unterstreicht.¹³³⁷ Dies legt an sich den Grundstein zu einer dekommodifizierenden Sozialpolitik, mit welcher der Druck der Arbeitnehmer_innen, ihre Arbeitskraft auf dem Markt zu verwerten, abnehmen soll.¹³³⁸ Die ILO verfolgt zudem seit dem Zweiten Weltkrieg einen umfassenden Ansatz von sozialer Sicherheit und konzentriert sich nicht mehr nur auf die Sozialversicherungen.¹³³⁹

B. Sozialziele der Bundesverfassung

- 573 Art. 41 BV beschreibt die die Sozialziele und wird als «*zweifelloso die wichtigste, die charakteristische Bestimmung*»¹³⁴⁰ für die Sozialverfassung umschrieben. Obwohl die Sozialziele keine Grundrechtsqualität aufweisen,¹³⁴¹ konkretisiert die Bestimmung die Ausrichtung des schweizerischen Sozialstaates,¹³⁴² indem sieben Handlungsfelder bestimmt werden, die zentrale und elementare Aspekte des menschlichen Daseins betreffen. In diesen hat Sozialpolitik und Sozialrechtsetzung zu erfolgen.¹³⁴³ So haben sich Bund und Kantone – jeweils im Rahmen ihrer Zuständigkeiten und verfügbaren Mittel und (nur) in Ergänzung zu persönlicher Verantwortung und privater Initiative – dafür einzusetzen, dass jede Person an der

¹³³⁴ MEYER-BLASER/GÄCHTER, N 5.

¹³³⁵ Die Erklärung von Philadelphia ist als Anhang zur ILO-Verfassung (SR 0.820.1) integraler Bestandteil derselben.

¹³³⁶ ILO-Verfassung, Beilage, Ziff. III, lit. f.

¹³³⁷ GREBER, N 74 f.

¹³³⁸ Siehe bereits N 3.

¹³³⁹ GREBER, N 140.

¹³⁴⁰ MEYER-BLASER, Einwirkungen, S. 106.

¹³⁴¹ Ausdrücklich in Art. 41 Abs. 4 BV.

¹³⁴² MEYER-BLASER, Einwirkungen, S. 106.

¹³⁴³ MEYER-BLASER, Einwirkungen, S. 108; so auch: GÄCHTER/WERDER, BSK-BV, N 10 zu Art. 41 BV.

sozialen Sicherheit teilhat¹³⁴⁴ und dass Erwerbsfähige ihren Lebensunterhalt durch Arbeit zu angemessenen Bedingungen bestreiten können.¹³⁴⁵ Für den vorliegenden Kontext sind dies die zwei hervorzuhebenden Sozialziele. Die Verwirklichung der Sozialziele ist eine verbindliche, permanente Staatsaufgabe, die gleichrangig mit der Verwirklichung anderer Daueraufgaben des Staates wahrzunehmen ist.¹³⁴⁶

Die Sozialhilfe wird als Teil der sozialen Sicherheit i.S.v. Art. 41 Abs. 1 lit. a BV 574 verstanden.¹³⁴⁷ Soweit die vorgelagerten Systeme der sozialen Sicherheit keinen Schutz bieten, hat die Sozialhilfe diese Lücke zu füllen.¹³⁴⁸

Trotz der fehlenden unmittelbar anspruchsbegründenden Dimension der Sozial- 575 ziele sind sie nicht ohne rechtliche Wirkung.¹³⁴⁹ Sie nehmen eine Zwischenstellung zwischen der weniger konkret formulierten Präambel und dem Zweckartikel einerseits sowie den anspruchsbegründenden (sozialen) Grundrechten und konkreten Gesetzgebungsaufträgen andererseits ein.¹³⁵⁰ Sie enthalten Anleitungen für die Legislative, die jeweils sorgfältig prüfen muss, wie und wann die Sozialziele realisiert werden sollen. Die Gerichte haben sie bei der Auslegung und Anwendung von Gesetzesvorschriften zu beachten.¹³⁵¹ Die Sozialziele haben also vor allem einen programmatischen Charakter,¹³⁵² sind aber Ausdruck derselben materiellen Grundidee wie die Grundrechte: Sie verfolgen den Zweck, jedem Menschen ein menschenwürdiges Leben zu ermöglichen und die Voraussetzungen dafür zu schaffen, dass von den Grundrechten effektiv Gebrauch gemacht werden kann.¹³⁵³

¹³⁴⁴ Art. 41 Abs. 1 lit. a BV.

¹³⁴⁵ Art. 41 Abs. 1 lit. d BV.

¹³⁴⁶ AMSTUTZ, Menschenwürde, S. 87.

¹³⁴⁷ RIEDI HUNOLD, St. Galler Kommentar, N 8 zu Art. 115 BV; BIGLER-EGGENBERGER/SCHWEIZER, St. Galler Kommentar, N 27 zu Art. 41 BV; WIZENT, S. 123.

¹³⁴⁸ WIZENT, S. 123.

¹³⁴⁹ TSCHUDI H. P., S. 366.

¹³⁵⁰ MEYER-BLASER/GÄCHTER, N 22.

¹³⁵¹ TSCHUDI H. P., S. 366.

¹³⁵² WIZENT, S. 123.

¹³⁵³ RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, N 1032.

Eine Untersuchung der Gesetzgebungsprojekte im Bundesparlament zwischen 2000 und 2006 hat gezeigt, dass die Sozialziele ihre Impulsfunktion auf Stufe der Legislative nicht erfüllen und sie bei der Ausgestaltung von Gesetzgebungsaufträgen kaum berücksichtigt werden.¹³⁵⁴

C. Soziale Grundrechte

- 576 Zur Sozialverfassung gehören auch die sozialen Grundrechte,¹³⁵⁵ also Grundrechte, die dem Individuum einen direkt einklagbaren Leistungsanspruch gegenüber dem Staat zugestehen. Dazu gehört nebst dem Anspruch auf unentgeltlichen Grundschulunterricht (Art. 19 BV) und dem Recht auf unentgeltliche Rechtspflege (Art. 29 Abs. 3 BV) insbesondere das bereits vorgestellte (N 193 ff.) und für die vorliegende Untersuchung zentrale Recht auf Hilfe in Notlagen gem. Art. 12 BV. Soziale Grundrechte spielen in der Bundesverfassung bis auf diese Ausnahmen eine untergeordnete Rolle.¹³⁵⁶

D. Kompetenznormen und Gesetzgebungsaufträge

- 577 Weiter zur Sozialverfassung gezählt werden die Kompetenznormen, welche die Grundlagen der Sozialgesetzgebung bilden. Die Kompetenznormen gehen teilweise über eine reine Zuweisung von Zuständigkeiten zwischen Bund und Kanton hinaus, indem sie konkrete Gesetzgebungsaufträge und programmatische Bestimmungen enthalten.¹³⁵⁷ So sind z.B. gem. den Vorgaben in Art. 112 Abs. 2 lit. c BV die AHV und die IV so auszugestalten, dass die Renten den Existenzbedarf angemessen decken. Die Bedeutung von Art. 115 BV im Bereich der Sozialhilfe wurde in N 140 ff. erläutert.

¹³⁵⁴ DANACI DENIZ, Der Einfluss der Sozialziele auf die Beschlüsse der Bundesversammlung seit dem Inkrafttreten der neuen Bundesverfassung, Jusletter vom 30. April 2007; mit Bedauern darüber, dass dies auch in jüngerer Zeit so sei und die Sozialziele auch in der politischen Debatte nicht angerufen würden: GÄCHTER THOMAS, Hans Peter Tschudi und die Schweizer Sozialverfassung, in: Pärli Kurt/Gächter Thomas (Hrsg.), Symposium Hans Peter Tschudi. Ein Arbeits- und Sozialversicherungsrechtler mit Weitblick, Basel 2019, S. 21–48, S. 45.

¹³⁵⁵ Vgl. statt vieler: MEYER-BLASER/GÄCHTER, N 13 sowie N 27 ff.

¹³⁵⁶ BORGHI/PREVITALI, S. 68, meinen gar, «(...) les droits sociaux ont été dénaturés et marginalisées (...)».

¹³⁵⁷ MEYER-BLASER/GÄCHTER, N 13.

E. Hinweise auf kantonales Verfassungsrecht

Unterdessen erwähnen lediglich zwei Kantonsverfassungen die soziale Sicherheit, die Sozialstaatlichkeit oder die Sozialhilfe nicht als öffentliche Aufgabe.¹³⁵⁸ Gerade in den jüngeren Kantonsverfassungen wurde den sozialen Grundrechten eine grössere Bedeutung beigemessen¹³⁵⁹ und einige dieser Verfassungen kennen eigenständige soziale Grundrechte.¹³⁶⁰ Die Kantonsverfassungen der Kantone Appenzell Ausserrhoden,¹³⁶¹ Basel-Landschaft¹³⁶² und Bern¹³⁶³ kannten bereits vor der Einführung der neuen Bundesverfassung ein Recht auf Existenzsicherung, ähnlich dem heutigen Art. 12 BV. Der Kanton Bern, den die Beschwerde in BGE 121 I 367 betraf, hat ein solches knapp zehn Monate vor Anerkennung des ungeschriebenen Rechts auf Existenzsicherung eingeführt; da der in BGE 121 I 367 angefochtene Entscheid jedoch wenige Wochen vor Inkrafttreten der neuen Kantonsverfassungsbestimmung erging, fand das neu geschaffene kantonale Grundrecht keine Anwendung.¹³⁶⁴

¹³⁵⁸ Vgl. KV/AI und KV/VS; gem. HÄNZI, S. 104, finden sich auch in der KV/LU keine Elemente, die auf ein sozialstaatliches Selbstverständnis schliessen lassen, wobei § 1 Abs. 1 KV/LU festhält, dass der Kanton Luzern ein freiheitlicher, demokratischer und sozialer Rechtsstaat sei, und in § 11 lit. e KV/LU die soziale Sicherheit als Aufgabe von Kanton und Gemeinde genannt wird.

¹³⁵⁹ BORGHI/PREVITALI, S. 69.

¹³⁶⁰ Siehe auch: HÄNZI, S. 103 f.; so z.B. das Recht auf Möglichkeiten zur familienergänzenden Tagesbetreuung für Kinder gem. § 11 Abs. 2 lit. a KV/BS, dazu: SCHEFER MARKUS/ZIEGLER ANDREA, Die Grundrechte der Kantonsverfassung Basel-Stadt, in: Buser Denise (Hrsg.), Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt, Basel 2008, S. 57–126, S. 119 f.

¹³⁶¹ Art. 24 Abs. 1 KV/AR, in Kraft seit 30.04.1995.

¹³⁶² § 16 KV/BL, in Kraft seit 01.01.1987.

¹³⁶³ Art. 29 KV/BE, in Kraft seit 01.01.1995.

¹³⁶⁴ Es sind keine (veröffentlichten) Bundesgerichtsentscheide ersichtlich, in welchen die betreffenden Bestimmungen tatsächlich zur Anwendung gekommen wären. Für Beispiele, in denen kantonale Verfassungsrechte zur Anwendung kamen: BUSER DENISE, Kantonales Staatsrecht, 2. Aufl., Basel 2011, N 542, m.H.a. BGE 87 I 114 (Meinungsausserungsfreiheit) und BGE 89 I 92 (Persönliche Freiheit).

III. Solidarität, Subsidiarität und Eigenverantwortung

A. Solidarität

- 579 Die Umsetzung der Idee der Sozialstaatlichkeit und der damit verbundenen sozialen Gerechtigkeit hängt auch vom damit verbundenen Solidaritätsgedanken ab.¹³⁶⁵ Die Solidarität umfasst verschiedene Bedeutungsdimensionen, die BAUMANN¹³⁶⁶ in die Fragen aufzählet, wer mit wem (Solidargemeinschaft), auf welche Weise (Art der Solidarität und Finanzierung), weshalb (normativer Referenzrahmen für die Begründung der Solidarität) und in welchem Mass (Ausgestaltung der Leistungen) solidarisch ist. Je nach Zweig der sozialen Sicherung werden diese Fragen unterschiedlich beantwortet, was BAUMANN in einem Stufenmodell der Solidarität abbildet.
- 580 Die erste Stufe wird als Solidarität mit den von einem Risiko Betroffenen umschrieben und wird typischerweise mit einer Versicherungslösung mit umfassend geltendem Äquivalenzprinzip¹³⁶⁷ gewährleistet.¹³⁶⁸
- 581 Die zweite Stufe der Solidarität ist diejenige mit den Risikogruppen. Hier findet aus sozialpolitischen Gründen eine erste Relativierung des Äquivalenzprinzips statt, sodass beispielsweise in der Krankenversicherung eine Einheitsprämie gilt, unabhängig vom individuellen Gesundheitsrisiko.¹³⁶⁹ Dies führt zu einer Stärkung der Solidarität zwischen Gesunden und Kranken.
- 582 Die dritte Stufe – auf dieser sind die Leistungen der kantonalen Sozialhilfe und der Nothilfe anzusiedeln¹³⁷⁰ – bildet die Solidarität mit den wirtschaftlich Schwachen. Angestrebt wird eine Umverteilung wirtschaftlicher Werte innerhalb des Systems,

¹³⁶⁵ SUTER, N 61; GÄCHTER, S. 50 f., m.H.a. die vielschichtige Bedeutung des Begriffs «Solidarität» für die soziale Sicherheit.

¹³⁶⁶ BAUMANN M., S. 27, aufbauend auf DEPENHEUER OTTO, Solidarität im Verfassungsstaat. Grundzüge einer normativen Theorie der Verteilung, Bonn 1991, S. 27; sowie darauf aufbauend GÄCHTER, S. 52 f.

¹³⁶⁷ Unter dem Äquivalenzprinzip wird die Gleichwertigkeit von Leistungen (Versicherungsschutz und Versicherungsleistung) und Gegenleistung (Prämie) beschrieben, vgl. statt vieler: GÄCHTER, S. 54.

¹³⁶⁸ BAUMANN M., S. 135 ff.; GÄCHTER, S. 55.

¹³⁶⁹ BAUMANN M., S. 140.

¹³⁷⁰ GÄCHTER, S. 55.

was mit einer weiteren Relativierung des Äquivalenzprinzips, also der Frage nach der Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung, einhergeht. Die Höhe der Beiträge wird vom Verhältnis zum Risiko entkoppelt. Anstelle der Äquivalenz wird jedoch ein neuer Faktor für die Berechnung der Leistungen hinzugezogen: die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit. Im Gegensatz zur ersten und zur zweiten Stufe steht hier nicht die Absicherung eines bestimmten sozialen Risikos im Vordergrund, sondern eine monetäre Umverteilung von den sozial Bevorzugten zu den wirtschaftlich Schwachen.¹³⁷¹ Auf dieser Stufe wird somit eine vertikale Solidarität erreicht: Im Interesse des sozialen Ausgleichs und der sozialen Gerechtigkeit wird der Unterstützungsbedarf einer Person abgedeckt.¹³⁷² Dabei darf nicht ausser Acht gelassen werden, dass eine wirtschaftliche Schwäche aus unterschiedlichen Gründen entstehen kann (siehe N 67 f.).

Charakteristisch für die Solidarität der dritten Stufe und somit für die Solidarität 583 im System der Sozial- und Nothilfe ist das Fehlen einer eigentlichen Solidargemeinschaft. Die Leistungen werden aus allgemeinen Steuermitteln erbracht; die Anspruchsberechtigung hängt nicht davon ab, ob die bedürftige Person je Steuern bezahlt hat.¹³⁷³ Es kann hier also von einer eigentlichen gesellschaftlichen Solidarität gesprochen werden, deren «weshalb» sich aus der Verfassung und dem Gesetz ergibt.¹³⁷⁴ Im Bereich von Art. 12 BV handelt es sich um eine «Mindest-solidarität».¹³⁷⁵ Weitere normative Referenzpunkte für diese Leistungen sind die Pflicht zur Verwirklichung der Grundrechte und die sozialen Grundrechte. Den Grundrechten ist es inhärent, dass sie staatlich – basierend auf gesellschaftlichem Konsens – und somit von einer grossen Solidargemeinschaft getragen werden.¹³⁷⁶

Die wirtschaftlichen Rahmenbedingungen und die Eigenverantwortung werden 584 als die Solidarität begrenzende Faktoren genannt.¹³⁷⁷ Die Eigenverantwortung als Grenze der Solidarität wird gerade nachfolgend behandelt. In Bezug auf die wirtschaftlichen Rahmenbedingungen kann zwar festgehalten werden, dass in

¹³⁷¹ BAUMANN M., S. 143.

¹³⁷² GÄCHTER, S. 52.

¹³⁷³ GÄCHTER, S. 55.

¹³⁷⁴ GÄCHTER, S. 56.

¹³⁷⁵ GÄCHTER THOMAS, Grenzen der Solidarität? Individuelle Ansprüche auf medizinische Leistungen gegenüber der Rechts- und Versichertengemeinschaft, in: Zäch Roger et al. (Hrsg.), Individuum und Verband. Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2006, Zürich/Basel/Genf 2006, S. 473–489, S. 475.

¹³⁷⁶ Ähnlich: GÄCHTER, S. 56.

¹³⁷⁷ SUTER, N 73.

der Schweiz mehr Millionär_innen als Sozialhilfeempfänger_innen leben und die Mittel zur Unterstützung Bedürftiger grundsätzlich vorhanden wären.¹³⁷⁸ Dennoch kann nicht darüber hinweggesehen werden, dass aufgrund unterschiedlicher Finanzierungsmodelle die Kosten der Sozialhilfe in einigen Gemeinden schwer wiegen.¹³⁷⁹ Hier hilft auch nicht der Verweis auf die Tatsache, dass die Sozialhilfekosten nur rund 1,7 % der Gesamtausgaben für die soziale Sicherheit in der Schweiz ausmachen.¹³⁸⁰ Daher wären alternative Finanzierungsmodelle, allenfalls unter Einbezug aller Staatsebenen, zu prüfen.¹³⁸¹

B. Subsidiarität und Eigenverantwortung

1. Allgemeines

- 585 Zur Sozialverfassung gezählt wird auch die im Verfassungsrecht verankerte (starke) Gewichtung der Subsidiarität staatlicher Leistungen gegenüber privater Initiative und Eigenverantwortung der Einzelnen.¹³⁸² Subsidiarität wird treffend als Ordnungsprinzip zwischen Eigenverantwortung und sozialer Leistungspflicht umschrieben.¹³⁸³
- 586 Der Begriff «Subsidiarität» beinhaltet ein positives Gebot zur Hilfeleistung und somit eine solidarische Komponente. Dies ergibt sich aus der ursprünglichen Übersetzung des Wortes «subsidiär» mit «unterstützend». Das Substantiv wurde auch mit «Schutz, Beistand, Hilfe, Stützung, Rückhalt» übersetzt.¹³⁸⁴ Die Subsidi-

¹³⁷⁸ SUTER, N 73, mit Hinweis auf Wolfers im Interview mit der NZZ am Sonntag v. 17.08.2014, «Die Kosten gerechter verteilen», <<https://www.nzz.ch/schweiz/die-kosten-gerechter-verteilen-1.18364697>>, besucht am 30.04.2021.

¹³⁷⁹ Siehe zu den Finanzierungsmodellen: BÄCHLER THEA, Die Finanzierung der Sozialhilfe zwischen Solidarität und Wettbewerb, Newsletter Institut für Föderalismus 3/2016, <https://www3.unifr.ch/federalism/de/assets/public/files/Newsletter/IFF/16_3_5_Finanzierung%20der%20Sozialhilfe.pdf>, besucht am 20.04.2021.

¹³⁸⁰ BUNDESAMT FÜR STATISTIK, Medienmitteilung vom 15.02.2019, Ausgaben für wirtschaftliche Sozialhilfe sind 2017 um 3,4% gestiegen, www.bfs.admin.ch (Statistik finden / Soziale Sicherheit / Sozialhilfe / Ausgaben der Sozialhilfe im weiteren Sinn / Medienmitteilungen), besucht am 30.04.2021.

¹³⁸¹ So im Resultat auch: WOLFFERS im Interview mit der NZZ am Sonntag (siehe Fn. 1378).

¹³⁸² MEYER-BLASER/GÄCHTER, N 12.

¹³⁸³ AMSTUTZ, S. 171.

¹³⁸⁴ AMSTUTZ, S. 171 f.; WIZENT, S. 232.

arität umfasst also eine solidarische Unterstützungs- und Beistandspflicht des Gemeinwesens. Diese greift erst, wo die Einzelnen effektiv Schutz bedürfen, und sie wird begrenzt durch die Eigeninitiative und persönliche Wirkungskraft der Einzelnen.¹³⁸⁵ Die Einzelnen haben sich in diesem Sinne auch solidarisch zu verhalten und sollen sich nicht auf die Hilfe der Gemeinschaft verlassen, sofern sie nicht auf diese angewiesen sind.¹³⁸⁶ Diese Abgrenzung wirkt auch als Schutz vor einem Solidaritätsverständnis, das in paternalistische Bevormundung umschlägt.¹³⁸⁷

2. Eigenverantwortung nach Art. 6 BV

a) «Eine hervorstechende Eigenart»

Die Eigenverantwortung i.S. des Subsidiaritätsprinzips klingt in der Sozialverfassung mehrmals an. Nebst Art. 12 BV, der Hilfe nur gewährt, sofern sich die betroffene Person nicht selber helfen kann, und Art. 41 BV, der die Sozialziele als Ergänzung zur persönlichen Verantwortung umschreibt, ist Art. 6 BV besonders hervorzuheben. Art. 6 BV hält unter dem Titel «Individuelle und gesellschaftliche Verantwortung» fest: «Jede Person nimmt Verantwortung für sich selber wahr und trägt nach ihren Kräften zur Bewältigung der Aufgaben in Staat und Gesellschaft bei.»¹³⁸⁸ Dieser Artikel wird als «hervorstechende Eigenart» der schweizerischen Sozialverfassung bezeichnet.¹³⁸⁹ 587

b) Normativer Gehalt

Der (konkrete) normative Gehalt von Art. 6 BV ist umstritten, wird aber generell als bescheiden bewertet. Einige Autor_innen sprechen der Bestimmung jegliche normative Bedeutung ab¹³⁹⁰ und nennen Art. 6 BV «gut gemeint»,¹³⁹¹ aber überflüssig.¹³⁹² Andere sprechen von einer Norm, die «gewisse Auswirkungen auf die Interpretation anderer Verfassungsnormen» haben könne,¹³⁹³ selber aber «kaum» 588

¹³⁸⁵ AMSTUTZ, S. 172; WIZENT, S. 232; RÜEGG, S. 46.

¹³⁸⁶ RÜEGG, S. 46; HÄNZI, S. 114.

¹³⁸⁷ AMSTUTZ, S. 172.

¹³⁸⁸ Siehe ausführlich zur Eigenverantwortung i.S.v. Art. 6 BV: KOCH M.

¹³⁸⁹ MEYER-BLASER/GÄCHTER, N 12.

¹³⁹⁰ RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, N 2649; MAHON, Petit commentaire, N 4 zu Art. 6 BV.

¹³⁹¹ RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, N 2653.

¹³⁹² RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, N 2651.

¹³⁹³ GÄCHTER/RENOLD-BURCH, BSK-BV, N 7 zu Art. 6 BV; WALDMANN, S. 346.

normative Bedeutung und lediglich einen vagen programmatischen oder erzieherischen Charakter habe.¹³⁹⁴ Die Berücksichtigung bei der Interessenabwägung und Auslegung sei zwar nicht ausgeschlossen, aber aufgrund des mehrdeutigen Inhalts auch mit Schwierigkeiten verbunden.¹³⁹⁵ Immerhin HÄBERLE plädiert dafür, «das Potential der neuen kühnen Norm (...) durch «kulturelle kontextualisierende Textinterpretation» voll auszuschöpfen».¹³⁹⁶ Er sieht in Art. 6 BV eine Brücke zum 2. Titel der BV und viele aktuelle und potenzielle Anwendungsbereiche der Norm, z.B. als Auslegungsreserve für die Grundrechte.¹³⁹⁷

- 589 Auf jeden Fall normiert Art. 6 BV keine (Grund-)Pflichten¹³⁹⁸ und kann für sich alleine auch nicht herangezogen werden, um ein Verhalten zu sanktionieren¹³⁹⁹ oder gesetzlich vorgesehene Leistungen mit einem Verweis auf zu geringe Eigenverantwortung zu verweigern.¹⁴⁰⁰ Dafür ist Art. 6 BV inhaltlich zu wenig bestimmt und daher auch nicht unmittelbar durchsetzbar;¹⁴⁰¹ selbst wenn er als Gegengewicht zu den Grundrechten und Sozialzielen gesehen werden sollte.¹⁴⁰² Generell gilt Art. 6 BV als Appellnorm,¹⁴⁰³ die Ausdruck des schweizerischen Selbstverständnisses in Bezug auf die Gestaltung des Sozialstaates ist.¹⁴⁰⁴

¹³⁹⁴ BERTSCHI/GÄCHTER, S. 26; GÄCHTER/RENOLD-BURCH, BSK-BV, N 7 zu Art. 6 BV; ähnlich auch: BIAGGINI, N 2 zu Art. 6 BV.

¹³⁹⁵ MÜLLER L., S. 552.

¹³⁹⁶ HÄBERLE, St. Galler Kommentar, N 19 zu Art. 6 BV.

¹³⁹⁷ HÄBERLE, St. Galler Kommentar, N 13 zu Art. 6 BV.

¹³⁹⁸ GÄCHTER/RENOLD-BURCH, BSK-BV, N 7 zu Art. 6 BV; BERTSCHI/GÄCHTER, S. 25 f.; BIAGGINI, N 1 zu Art. 6 BV; MÜLLER L., S. 552; KOCH M., S. 113; PÄRLI, Auswirkungen, S. 105; RIEMER-KAFKA, Hilfe in Notlagen, S. 144; die Idee, einen Katalog an Grundpflichten in die neue BV aufzunehmen, wurde verworfen, siehe dazu und zur Entstehungsgeschichte von Art. 6 BV ausführlich: KOCH M., S. 106 ff.

¹³⁹⁹ BIAGGINI, N 2 zu Art. 6 BV.

¹⁴⁰⁰ WALDMANN, S. 346; GÄCHTER, S. 70; RÜEGG, S. 27.

¹⁴⁰¹ RIEMER-KAFKA, Hilfe in Notlagen, S. 144.

¹⁴⁰² Vgl. MAHON, Petit commentaire, N 2 zu Art. 41 BV.

¹⁴⁰³ BERTSCHI/GÄCHTER, S. 25; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, N 2653; GÄCHTER/RENOLD-BURCH, BSK-BV, N 7 zu Art. 6 BV; BIAGGINI, N 2 zu Art. 6 BV; KOCH M., S. 114.

¹⁴⁰⁴ PÄRLI, Auswirkungen, S. 105.

c) Teilgehalte

Art. 6 BV lässt sich in zwei Teilgehalte unterteilen: Gemäss dem ersten ist Verantwortung «für sich selber» zu übernehmen und gemäss dem zweiten «Mitverantwortung» für die Bewältigung der Aufgaben in Staat und Gesellschaft. Der erste Teilgehalt bringt das liberale Postulat der Eigenverantwortung zum Ausdruck, wonach staatliche Leistungen nachrangig zur persönlichen Verantwortung zu gewähren sind.¹⁴⁰⁵ Der zweite Teil stärkt die Idee der Solidarität, die für das Funktionieren sowohl der Gesellschaft als auch des Staates notwendig ist.¹⁴⁰⁶ Auch aus diesem Satzteil lassen sich weder Rechte noch Pflichten ableiten und in erster Linie wird die Gesetzgeberin angesprochen.¹⁴⁰⁷ Auf jeden Fall wird die Mitverantwortung darauf beschränkt, was die Einzelnen «nach ihren Kräften» zu leisten vermögen. Damit klingt an, dass die Verantwortung in der Gesetzgebung auf das einer Person Zumutbare zu beschränken ist und dabei auch die individuelle Möglichkeit und Fähigkeit, Risiken zu erkennen und zu vermeiden, zu berücksichtigen ist.¹⁴⁰⁸

d) Besondere Bedeutung in der Sozial- und Nothilfe?

Die Bedeutung der in Art. 6 BV angesprochenen Eigenverantwortung und Solidarität wird insbesondere im Zusammenhang mit der Sozialhilfe hervorgehoben.¹⁴⁰⁹ Wie dargestellt gilt das Subsidiaritätsprinzip als Prinzip des Sozialhilferechts und als Ausdruck der Pflicht zur Mitverantwortung und Solidarität gegenüber der Gesellschaft. Danach dürften die Schwachen der Gemeinschaft nichts aufbürden, was sie selbst zu tragen vermögen.¹⁴¹⁰ Die Eigenverantwortung, die in Art. 6 BV zum Ausdruck kommt, wird durch das Subsidiaritätsprinzip erfasst. Das Subsidiaritätsprinzip bringt bereits zum Ausdruck, dass Selbsthilfe der staatlichen Unterstützung vorgeht.¹⁴¹¹

¹⁴⁰⁵ KOCH M., S. 114; GÄCHTER, S. 64.

¹⁴⁰⁶ BERTSCHI/GÄCHTER, S. 23 f.

¹⁴⁰⁷ GÄCHTER/RENOLD-BURCH, BSK-BV, N 12 zu Art. 6 BV.

¹⁴⁰⁸ MÜLLER L., S. 554 f.

¹⁴⁰⁹ BIAGGINI, N 2 zu Art. 6 BV; HÄNZI, S. 114.

¹⁴¹⁰ HÄNZI, S. 114.

¹⁴¹¹ SCHALLER SCHENK, S. 184.

- 592 Eine Durchsicht der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ergibt, dass sich das Bundesgericht fast ausschliesslich in sozialhilferechtlichen Urteilen direkt mit Art. 6 BV auseinandersetzt¹⁴¹² und in Art. 6 BV einen «Grundsatz der Subsidiarität» sieht, den die Sozialhilfeempfänger_in verletzen kann.¹⁴¹³ Insbesondere werden auch die Anspruchsvoraussetzungen «mit Blick auf Art. 6 BV» geklärt.¹⁴¹⁴

So wurde beispielsweise in BGE 141 I 153 festgehalten, dass in einem stabilen Konkubinat ein Konkubinatsbeitrag der wirtschaftlich leistungsfähigeren Partner_in an die auf Sozialhilfe angewiesene Partner_in zu berücksichtigen ist, ansonsten der leistungsfähigere Teil weniger leisten würde, als er in der Lage wäre, und so von der Sozialhilfe ebenfalls profitieren würde. Dies widerspreche dem Subsidiaritätsprinzip in der Sozialhilfe.¹⁴¹⁵

- 593 Werden aber im Namen der Subsidiarität gesetzlich nicht vorgesehene Anspruchsvoraussetzungen oder Verpflichtungen eingeführt, ist dies eine Überdehnung der normativen Bedeutung von Art. 6 BV.¹⁴¹⁶ So kann sich insbesondere auch keine «Gegenleistungspflicht» für Sozial- oder gar Nothilfebeiträge aus Art. 6 BV ergeben. Eine «Fokusverschiebung» von Art. 12 BV zu Art. 6 BV – also von staatlicher Hilfe zu Selbstverantwortung – kann verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt werden, erfüllen doch der grundrechtlich gesicherte Anspruch auf Mindestsicherung und der allgemeine Appell an die Selbst- und Mitverantwortung «völlig andere Funktionen».¹⁴¹⁷ Art. 6 BV hat sich auch in diesem Kontext auf die Funktion des Appells und der Auslegungshilfe zu beschränken, zu mehr «taugt» er nicht.¹⁴¹⁸

¹⁴¹² Zu den Ausnahmen: siehe Urteil BGer U 255/03 v. 29.04.2004, E. 2.2, bezüglich der Informationspflicht gem. Art. 72 UVV; sowie Urteil BGer C_84/02 v. 13.12.2002 zur Unzulässigkeit, Art. 6 BV heranzuziehen, um die Rechtswidrigkeit eines Handelns im strafrechtlichen Sinn zu begründen.

¹⁴¹³ Urteil BGer 8C_500/2012 v. 22.11.2012, E. 7.2.3.

¹⁴¹⁴ BGE 141 I 153, E. 4.2; Urteil BGer 8C_110/2014 v. 28.03.2014, E. 3.1.3; siehe dazu auch: HÄNZI, S. 115.

¹⁴¹⁵ BGE 141 I 153, E. 6.2.1; kritisch dazu: HEUSSER, Repression, S. 125 f.; weitere Hinweise: WIZENT, Sozialhilferecht, N 691 ff.

¹⁴¹⁶ Ohne dabei explizit auf Art. 6 BV Bezug zu nehmen, ähnlich: WIZENT, S. 236.

¹⁴¹⁷ PÄRLI, Aspekte, S. 47, als Antwort auf STOCKER MONIKA, Integration – Das Finale eines gelungenen Lebens?, SZS 4/2002, S. 302–333, S. 322.

¹⁴¹⁸ PÄRLI, Aspekte, S. 47, Fn. 20.

IV. Zwischenfazit und Bedeutung für die Praxis

Den hier dargestellten Grundnormen der Sozialverfassung können *keine eindeutigen Antworten* auf die Frage nach der Grenzziehung zwischen zumutbarer Eigenverantwortung und zumutbarer Solidarität im Bereich von sozialhilferechtlichen Beschäftigungsprogrammen entnommen werden. Die Verfassungsnormen der Sozialverfassung sind geprägt von einem *Pragmatismus*, welcher es gebietet, dass Politik und Rechtsanwendung im Einzelfall alle involvierten Interessen abwägen.¹⁴¹⁹ Dennoch sind die ausgeprägte Solidarität und die gegenüber den Sozialversicherungen ausgeprägte Relativierung des Äquivalenzprinzips zu berücksichtigen. Dieses spricht gegen die Durchsetzung von strikten Gegenleistungsideen in der Sozial- und Nothilfe. In der Nothilfe spricht zusätzlich das Leistungsniveau, welches nicht die soziale oder berufliche Integration ermöglichen soll,¹⁴²⁰ gegen die Einforderung von Gegenleistungen, die auf die berufliche und soziale Integration abzielen. Das wäre auch nicht durch ein allfälliges Äquivalenzprinzip gedeckt.¹⁴²¹ 594

Die *starke Betonung der Eigenverantwortung* in der Bundesverfassung darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass sich deren Umfang und Grenzen im Einzelfall aus der Gesetzgebung zu ergeben haben und sich aus diesen verfassungsrechtlichen Appellen nichts ableiten lässt, was zur Einschränkung einer individuellen Rechtsposition herangezogen werden kann.¹⁴²² Insbesondere ergeben sich keine direkten Verpflichtungen für die Einzelnen aus Art. 6 BV und die Mitverantwortung wird auf das Zumutbare («nach eigenen Kräften») beschränkt. Bei der Konkretisierung des Subsidiaritätsprinzips nach Art. 12 BV muss dies berücksichtigt werden und es wäre dementsprechend an der (kantonalen) Gesetzgeberin, diesbezüglich *transparente Regeln* zu schaffen. 595

¹⁴¹⁹ MASTRONARDI, St. Galler Kommentar, N 4 vor Art. 41 BV.

¹⁴²⁰ Siehe oben: N 204.

¹⁴²¹ Ähnlich auch bereits: HÄNZLI, S. 90.

¹⁴²² Nicht zu folgen ist daher RIEMER-KAFKA, Hilfe in Notlagen, S. 158, die festhält: «Die Selbstsorgepflicht überstrahlt mehrere Grundrechte bzw. verfassungsmässige Rechtsgrundsätze wie die Menschenwürde, die persönliche Freiheit, aber auch das Handeln nach Treu und Glauben und das Verbot widersprüchlichen Verhaltens.»

- 596 Das letzte Netz der sozialen Sicherheit – also die Sozial- und Nothilfe – ist nicht nur von der Eigenverantwortung, sondern auch vom zur Sozialverfassung gehörenden *Prinzip der Solidarität* durchdrungen. Die vertikale Solidarität in diesem Bereich beruht auf dem Schutz von (elementaren) Grundrechten, also auf normativ besonders überzeugenden Gründen. Sie scheint geradezu Bedingung für die Erreichung der Sozialziele und des Staatszwecks der Förderung der gemeinsamen Wohlfahrt (Art. 2 Abs. 2 BV) und der Chancengleichheit (Art. 2 Abs. 3 BV).
- 597 So ist dann auch festzuhalten, dass die Sozialverfassung vorgibt, dass die Gesetzgeberin bei der Konkretisierung der Systeme der sozialen Sicherheit viele Aspekte berücksichtigt, namentlich die Chancen- und Rechtsgleichheit, die grundrechtlich verbürgten Entfaltungsmöglichkeiten, der Auftrag zur Verwirklichung der Grundrechte, die Neutralität mit Blick auf die individuelle Lebensführung, aber auch die Leistungsfähigkeit des Staates und die Eigenverantwortung.¹⁴²³ Diese umfassende Berücksichtigung von verfassungsrechtlichen Vorgaben bei der Ausgestaltung der Normen, welche die Grenze zwischen der zumutbaren Eigenverantwortung und dem ebenfalls zumutbaren Rückgriff auf die Hilfe der Solidargemeinschaft ziehen, bewahrt davor, dass der Sozialstaat zu einem bevormundenden Fürsorgestaat degeneriert.¹⁴²⁴

¹⁴²³ MÜLLER L., S. 554 f.

¹⁴²⁴ TSCHUDI H. P., Wohlfahrt, S. 24.

Kapitel 6 Menschenwürde

I. Einleitung und Quellen

Im Lauf des 20. Jahrhunderts wurde die Menschenwürde zu einem massgebenden Element von Grundrechtskodifikationen.¹⁴²⁵ Wesentlich beeinflusst wurde diese Entwicklung durch die Formulierung der AEMR, welche in der Präambel und Art. 1 festhält: «Alle Menschen sind frei und gleich an Würde und Rechten geboren.»¹⁴²⁶ Sowohl der UN-Pakt I als auch der UN-Pakt II beziehen sich in ihrer Präambel jeweils auf die Menschenwürde und anerkennen, dass die danach festgehaltenen Rechte sich aus der dem Menschen innewohnenden Würde herleiten lassen. Auch ohne ausdrückliche Erwähnung der Menschenwürde im Text der EMRK ist sie als Kern dieses Menschenrechtstextes zu betrachten.¹⁴²⁷ Die Menschenwürde bildet den gemeinsamen Nenner der Normen, die als zwingendes Völkerrecht zu betrachten sind, und der notstandsfesten Garantien der EMRK.¹⁴²⁸ 598

Die Bundesverfassung schreibt in Art. 7 BV vor, dass die Menschenwürde zu achten und zu schützen ist. Bereits vor der Einführung dieser Norm bei der Totalrevision der BV war die Menschenwürde als Leitgedanke allen staatlichen Handelns als (ungeschriebener) Bestandteil des Verfassungsrechts unbestritten.¹⁴²⁹ Auch diverse Kantonsverfassungen garantieren die Menschenwürde.¹⁴³⁰ 599

¹⁴²⁵ Siehe Überblick bei: MOLINARI, N 69 ff.; Hinweise auch bei: MASTRONARDI, St. Galler Kommentar, N 1 zu Art. 7 BV ff.; zu den ideengeschichtlichen Ursprüngen: MOLINARI, N 118; LATERNSEER, S. 39 ff.; insbes. zu Kant: SCHEFER, S. 106 ff.

¹⁴²⁶ Vgl. MAHLMANN, S. 1308; MÜLLER/SCHEFER, S. 1.

¹⁴²⁷ MASTRONARDI, St. Galler Kommentar, N 6 zu Art. 7 BV; MAHLMANN, S. 1308, je m.w.H. auf die EGMR-Rechtsprechung.

¹⁴²⁸ MASTRONARDI, St. Galler Kommentar, N 6 zu Art. 7 BV; ähnlich: BELSER/MOLINARI, BSK-BV, N 72 zu Art. 7 BV; notstandsfest ist insbesondere auch das Verbot der Zwangs- und Pflichtarbeit gem. Art. 4 EMRK; siehe dazu ausführlich N 745. Dies legt nahe, dass die Menschenwürde eine materielle Schranke für die Revision der Schweizerischen Bundesverfassung darstellt, siehe dazu: MAHLMANN, S. 1319; MASTRONARDI, St. Galler Kommentar, N 6 zu Art. 7 BV.

¹⁴²⁹ AMSTUTZ, Menschenwürde, S. 83 f.

¹⁴³⁰ MASTRONARDI, St. Galler Kommentar, N 3 zu Art. 7 BV.

- 600 Nachfolgend soll der Bedeutung der Menschenwürde als Grundlage einer legitimen Ordnung¹⁴³¹ für die Zumutbarkeit einer Arbeitsverpflichtung für Sozialhilfeempfänger_innen nachgegangen werden. Dabei wird von Art. 7 BV und dem Verständnis der Menschenwürde im schweizerischen Verfassungsrecht ausgegangen.
- 601 Grundlegende Fragen, welche es zu beantworten gilt, sind insbesondere, ob die Menschenwürde der gegenwärtigen Auslegung des Subsidiaritätsprinzips i.S.v. Art. 12 BV entgegensteht (V.A), ob die Menschenwürde als Verfassungsprinzip ein öffentliches Interesse darstellt und damit einen Eingriff in die Autonomie von Sozialhilfeempfänger_innen rechtfertigen kann (V.B) sowie ob Art. 7 BV es zulässt, eine Gegenleistung in Form der Teilnahme an einem Beschäftigungsprogramm der Sozialhilfeempfänger_innen für die staatlichen Hilfeleistungen zu verlangen (V.C). Fordert die Menschenwürde zudem eine Mitwirkung der Sozialhilfeempfänger_innen am Entscheid (V.D)? Zunächst sind jedoch der Inhalt der Menschenwürde (II) sowie deren Funktion als Verfassungsprinzip (III) und als Grundrecht (IV) zu klären.

II. Inhalt der Menschenwürde

- 602 Eine positive Definition des Inhalts der Menschenwürde ist nicht möglich, denn die Menschenwürde liegt in der «Offenheit alles Menschlichen» begründet.¹⁴³² Es ist verboten, ein bestimmtes Menschenbild zu verordnen,¹⁴³³ und die Vielfalt und Widersprüchlichkeit des Menschen ist der Rechtsordnung zu Grunde zu legen.¹⁴³⁴
- 603 Das Bundesgericht hält dementsprechend in seiner Rechtsprechung zu Art. 7 BV fest:

«Der offene Normgehalt kann nicht abschliessend positiv festgelegt werden. Er betrifft das *letztlich nicht fassbare Eigentliche des Menschen* und der Menschen und ist unter Mitbeachtung kollektiver Anschauungen ausgerichtet auf Anerkennung des Einzelnen in seiner eigenen Werthaftigkeit und individuellen *Einzig- und allfälligen Andersartigkeit*. (...) Bei der Menschenwürde handelt es sich – wie bei anderen Grundrechten

¹⁴³¹ Vgl. SCHEFER, S. 5.

¹⁴³² AMSTUTZ, Menschenwürde, S. 84, m.H.a. Immanuel Kant; auch m.H.a. Kant: BIAGGINI, N 5 zu Art. 7 BV.

¹⁴³³ SCHEFER, S. 39; BELSER/MOLINARI, BSK-BV, N 3 zu Art. 7 BV.

¹⁴³⁴ SCHEFER, S. 39.

auch – um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der durch Gesetzgeber und Gerichte zu konkretisieren ist. Bei Art. 7 BV liegt aber eine Unbestimmtheit besonderer Art vor. (...) (Der Verfassungsgeber) hat vielmehr auch deshalb auf eine Definition der Menschenwürde verzichtet, weil eine verfassungsrechtliche Bestimmung dessen, was die Würde und den Wert eines Menschen ausmacht, grundsätzlich problematisch wäre. Wird mit einer Festlegung der Menschenwürde ein bestimmtes Menschenbild für achtens- und schützenswert erklärt, so besteht die Gefahr, dass dadurch Menschen in ihrer Würde beeinträchtigt werden, die den Wert des Menschseins anders verstehen. Man kann dies als *Paradox der Menschenwürdegarantie* bezeichnen. Je klarer ihre Konturen sind und je besser demnach Achtung und Schutz gelingen, desto grösser ist das Risiko der Ein- und Ausgrenzung von Menschen. (...) Was den Inhalt der Menschenwürde ausmacht, muss in einer liberalen Gesellschaft letztlich offenbleiben. (...) Letztlich dient die gesamte Rechtsordnung der Würde des Menschen.»¹⁴³⁵

Gerade Letzteres bringt auch zum Ausdruck, dass der Staat – und die staatlichen 604 Tätigkeiten – nicht um seiner selbst, sondern um des Menschen willen da ist. Jeder Mensch ist als vollwertiges Mitglied der Rechtsgemeinschaft anzuerkennen, egal welche Lebensform er gewählt hat. Auch wer nicht den gesellschaftlichen Normvorstellungen etwa des «gesunden, starken, arbeitsamen und autarken Menschen»¹⁴³⁶ entspricht, ist von der Rechtsordnung zu schützen.

Die Unmöglichkeit einer positiven Umschreibung der Menschenwürde äussert 605 sich im Zusammenhang mit Art. 12 BV: Es ist nicht möglich, die Leistungen, welche für ein menschenwürdiges Dasein unerlässlich sind, abstrakt positiv zu umschreiben.¹⁴³⁷ Eine bessere Annäherung an den Inhalt der Menschenwürde kann über eine negative Umschreibung der Akte erfolgen, die mit der Menschenwürde unvereinbar sind.¹⁴³⁸ Daraus folgen das Verbot der erniedrigenden Behandlung, ein Verbot des Verhungernlassens sowie ein Verbot einer Behandlung, die die Selbstbestimmung oder Privatsphäre aufhebt oder doch zumindest darauf abzielt.¹⁴³⁹ Insbesondere in diesem Sinne wird die Menschenwürde auch durch Art. 3 EMRK geschützt, indem Behandlungen der Einzelnen verboten werden, die unmenschlich und erniedrigend sind und bei den Betroffenen in ihren eigenen oder

¹⁴³⁵ BGE 143 IV 77, E. 4.1; Hervorhebungen MSt.

¹⁴³⁶ AMSTUTZ, Menschenwürde, S. 84.

¹⁴³⁷ SCHEFER, S. 341; BELSER/WALDMANN, S. 37; AMSTUTZ, Anspruchsvoraussetzungen, S. 26; ausführlich auch: DIES., S. 142 ff.; siehe auch oben: N 199.

¹⁴³⁸ MÜLLER/SCHERER, S. 4; BIAGGINI, N 6 zu Art. 7 BV.

¹⁴³⁹ BELSER/WALDMANN, S. 37.

in den Augen anderer eine Demütigung oder Herabsetzung verursachen, die eine gewisse Schwere erreicht.¹⁴⁴⁰

- 606 Mit der «Unfasslichkeitsformel» des BGer, wonach das unfassbare Eigentliche geschützt wird, wird auch die menschliche Fähigkeit zu Selbst- und Neubestimmung der eigenen Lebensform aufgrund autonomer Entscheidungen geschützt.¹⁴⁴¹ Daraus ergibt sich ein Schutz einer minimalen Dispositionsfreiheit, die vor Zwang, Geschlossenheit, Alternativlosigkeit, Erdrückung und Verstumung schützt. Jedem Menschen soll zumindest eine minimale Möglichkeit für freie Entscheidungen eröffnet werden.¹⁴⁴² Auch dieser Schutz steht jedem Menschen kraft seiner Existenz voraussetzungslos gegenüber dem Staat und der Rechtsgemeinschaft zu.¹⁴⁴³

III. Menschenwürde als Verfassungsprinzip

- 607 Die Menschenwürde gilt als allgemeines Verfassungsprinzip und tragendes Konstitutionsprinzip, oberstes Staatsprinzip und als Leitgrundsatz jeglicher staatlichen Tätigkeit.¹⁴⁴⁴ Damit wird – anders als bei der grundrechtlichen Dimension – ein objektiver Wert im Interesse der Allgemeinheit geschützt.¹⁴⁴⁵
- 608 In diesem Sinne prägt die Menschenwürde auch den Sozialstaat, inklusive der Sozial- und Nothilfe. Die Menschenwürde zu bewahren resp. herzustellen, wird

¹⁴⁴⁰ EGMR v. 25.02.1982, Appl. No. 7511/76; 7743/76, *Campbell und Cosans ./.* Vereinigtes Königreich, § 28; siehe auch: DRÖGE, S. 120.

¹⁴⁴¹ MAHLMANN, S. 1314.

¹⁴⁴² AMSTUTZ, S. 74.

¹⁴⁴³ SCHALLER SCHENK, S. 233; MASTRONARDI, St. Galler Kommentar, N 35 zu Art. 7 BV.

¹⁴⁴⁴ BELSER/MOLINARI, BSK-BV, N 44 zu Art. 7 BV; MAHLMANN, S. 1318; MÜLLER/SCHERER, S. 1; BIAGGINI, N 4 zu Art. 7 BV; insbesondere auch: BGE 127 I 6, E. 5b; BGE 132 I 49, E. 5.1.

¹⁴⁴⁵ BELSER/MOLINARI, BSK-BV, N 44 zu Art. 7 BV; RÜTSCHKE BERNHARD, Die Menschenwürde in der Rechtswirklichkeit: Schutz subjektiver und objektiver Werte, in: Caroni Martina et al. (Hrsg.), Auf der Scholle und in lichten Höhen, Festschrift für Paul Richli zum 65. Geburtstag, Zürich/St. Gallen 2011, S. 3–22, S. 18; RÜTSCHKE scheint dabei zu unterscheiden zwischen dem Verfassungsprinzip und dem Konstitutionsprinzip – eine Unterscheidung, die bei anderen Autor_innen nicht ohne Weiteres ersichtlich ist – und verneint, dass die Menschenwürde auch ein Konstitutionsprinzip sei.

entsprechend als die grundlegende Aufgabe resp. gar als «Grund und Ziel»¹⁴⁴⁶ des Sozialstaates gesehen.¹⁴⁴⁷ Somit ist die Menschenwürde auch Grundlage eines modernen Verständnisses der Sozialhilfe.¹⁴⁴⁸ Es überrascht daher nicht, dass die Menschenwürde auch von den SKOS-Richtlinien als Prinzip des Sozialhilferechts genannt wird und diverse kantonale Sozialhilfegesetze die Menschenwürde erwähnen.¹⁴⁴⁹ Es ist diese Dimension als Verfassungsprinzip, welche das Bundesgericht seiner Entscheidung, ein ungeschriebenes Grundrecht auf Existenzsicherung anzuerkennen, zu Grunde gelegt hat.¹⁴⁵⁰

IV. Menschenwürde als Grundrecht im Verhältnis zu anderen Grundrechten

Die Menschenwürde wird von der schweizerischen Lehre¹⁴⁵¹ und vom Bundesgericht¹⁴⁵² als (eigenständiges) Grundrecht gesehen. Sie wird darüber hinaus auch als Grundlage der Grundrechte beschrieben.¹⁴⁵³ So werden der Menschenwürde eine unmittelbar anspruchsbegründende, eine programmatische und eine flankierende Funktion zugeschrieben.¹⁴⁵⁴ Der Gehalt von Art. 7 BV äussert sich jedoch in zahlreichen spezifischeren Grundrechten und Verfassungsprinzipien.¹⁴⁵⁵

¹⁴⁴⁶ AMSTUTZ, Menschenwürde, S. 86.

¹⁴⁴⁷ WOLFFERS, S. 69.

¹⁴⁴⁸ HÄFELI, S. 70.

¹⁴⁴⁹ So z.B. § 1 Abs. 2 SPG/AG (als Grundsatz der Sozialhilfe); Art. 20 lit. b SHG/UR (als Grundsatz der Sozialhilfe); Art. 11 Abs. 1 SHG/AR; Art. 4 Abs. 1 SHG/GL; § 4 SHG/LU (mit Hinweis auf Mitspracherecht); Art. 5 SHEG/SH; § 4 Abs. 2 SHG/SZ (mit Hinweis auf Mitspracherecht). Siehe auch: HÄFELI, S. 69.

¹⁴⁵⁰ Vgl. BGE 121 I 367, E. 2b.

¹⁴⁵¹ MAHLMANN, S. 1315, der die Menschenwürde ein «echtes Grundrecht» nennt; BELSER/MOLINARI, BSK-BV, N 33 zu Art. 7 BV; MASTRONARDI, St. Galler Kommentar, N 13 zu Art. 7 BV; MÜLLER/SCHEFER, S. 1; AMSTUTZ, Menschenwürde, S. 84 f.; SCHEFER, S. 6 ff.

¹⁴⁵² Vgl. z.B. zur Funktion als Auffanggrundrecht: BGE 127 I 6, E. 5b; BGE 143 IV 77, E. 4.1.

¹⁴⁵³ MAHLMANN, S. 1315.

¹⁴⁵⁴ Vgl. SCHEFER, S. 33, m.H.a. MÜLLER J. P., Elemente, S. 47 ff., und DERS., Soziale Grundrechte, 157 f. und 187 ff.

¹⁴⁵⁵ BIAGGINI, N 8 zu Art. 7 BV.

- 610 In ihrer Funktion als unmittelbar anspruchsbegründendes Grundrecht kommt der Menschenwürde gem. Art. 7 BV eine individualschützende Funktion zu und jede natürliche Person kann sich vor Gericht darauf berufen.¹⁴⁵⁶ In dieser Funktion bleibt die Menschenwürde allerdings beschränkt auf ein Auffanggrundrecht, welches bei Sachverhalten zum Tragen kommt, die von keinem anderen Grundrecht erfasst werden.¹⁴⁵⁷ Der Schutzbereich der Menschenwürde ist auf fundamentale und absolut unverzichtbare Gehalte beschränkt.¹⁴⁵⁸ Dies bedeutet, dass das Grundrecht keinen Eingriffen unterworfen werden kann, da dies gleichzeitig einen Eingriff in den Kerngehalt bedeuten würde und somit unzulässig wäre.¹⁴⁵⁹ In dem Sinne gilt die Menschenwürde voraussetzungslos für jeden Menschen.¹⁴⁶⁰
- 611 Diese unmittelbar anspruchsbegründende Ebene lässt sich wiederum in eine abwehr-, eine schutz- und eine leistungsrechtliche Dimension aufteilen.¹⁴⁶¹ Der normative Anspruch der Würdegarantie kann nur dann erfüllt werden, wenn der Staat aktiv zur Verbesserung und Erhaltung der wirtschaftlichen und sozialen Lebensbedingungen beiträgt und die materiellen Voraussetzungen für ein menschenwürdiges Leben schafft.¹⁴⁶² Ein reines Unterlassen von staatlichem Handeln, das die Würde verletzen könnte – wie z.B. den Entzug der zum Überleben notwendigen Mittel¹⁴⁶³ –, ist nicht ausreichend. Entsprechend kann Art. 7 BV auch die Grundlage eines individualrechtlichen Anspruchs auf minimale staatliche Unterstützung sein, die mindestens die physische Integrität garantiert.¹⁴⁶⁴ MÜLLER J. P. schlägt

¹⁴⁵⁶ MASTRONARDI, St. Galler Kommentar, N 28 zu Art. 7 BV; MAHLMANN, S. 1315; BELSER/MOLINARI, BSK-BV, N 38 zu Art. 7 BV; SCHEFER, S. 34 ff.; AUBERT/MAHON, Petit commentaire, N 4 zu Art. 7 BV; MOLINARI, N 316. Siehe z.B. MOLINARI, N 316 ff., für zahlreiche Hinweise auf die Entwicklung der Menschenwürde hin zu einem Individualrecht und auf die nun herrschende Lehre.

¹⁴⁵⁷ So bereits: Botschaft neue BV, BBl 1997 I 140; MASTRONARDI, St. Galler Kommentar, N 47 ff. zu Art. 7 BV; AMSTUTZ, Menschenwürde, S. 85; BIAGGINI, N 7 zu Art. 7 BV; kritisch: BELSER/MOLINARI, BSK-BV, N 42 zu Art. 7 BV, die dafürhalten, der Menschenwürde auch primäre und nicht nur subsidiäre Bedeutung beizumessen.

¹⁴⁵⁸ AMSTUTZ, Menschenwürde, S. 85.

¹⁴⁵⁹ MASTRONARDI, St. Galler Kommentar, N 56 zu Art. 7 BV.

¹⁴⁶⁰ MÜLLER/SCHÉFER, S. 1; MASTRONARDI, St. Galler Kommentar, N 37 zu Art. 7 BV.

¹⁴⁶¹ BELSER/MOLINARI, BSK-BV, N 38 zu Art. 7 BV.

¹⁴⁶² AMSTUTZ, Menschenwürde, S. 86.

¹⁴⁶³ BELSER/MOLINARI, BSK-BV, N 57 zu Art. 7 BV.

¹⁴⁶⁴ MASTRONARDI, St. Galler Kommentar, N 53 zu Art. 7 BV; BELSER/MOLINARI, BSK-BV, N 57 zu Art. 7 BV.

vor, Art. 7 BV auch für eine «grundrechtliche Sicherung der Sozialhilfe» unmittelbar fruchtbar zu machen. Es sei davon auszugehen, dass Art. 12 BV nicht den ganzen Gehalt von Art. 7 BV konsumiere. Art. 12 BV sei zwar eine notwendige – aber nicht hinreichende – Konkretisierung der Garantie eines menschenwürdigen Daseins. Art. 7 BV habe dann «in die Lücke» zu springen.¹⁴⁶⁵

Der programmatische Charakter der Menschenwürde bringt zum Ausdruck, dass es das Ziel des Staates ist, eine Gesellschaftsform zu gestalten und aufrechtzuerhalten, in der jedem Menschen Würde zukommt.¹⁴⁶⁶ Die Menschenwürde soll als objektives Gestaltungsprinzip die gesamte Rechts- und Staatsordnung durchdringen, prägen und leiten.¹⁴⁶⁷ Somit ist die Wahrung der Menschenwürde die grundlegende Aufgabe der Rechtsordnung.¹⁴⁶⁸

In ihrer flankierenden Funktion ist die Menschenwürde ein Auslegungs- und Konkretisierungsprinzip und dabei insbesondere auch bei der Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe und bei der Ausübung des Ermessens zu beachten.¹⁴⁶⁹ Diese Funktion hat dementsprechend auch bei der Konkretisierung dessen, was zumutbare Arbeit im sozialhilferechtlichen Kontext ist, eine wichtige Bedeutung als Mindestschutz. Weiter flankiert die Menschenwürde die Konkretisierung aller Grundrechte in dem Sinne, dass sie den Kerngehalt jedes Grundrechts und dementsprechend eine Schranke für die Einschränkung der (anderen) Grundrechte darstellt.¹⁴⁷⁰

¹⁴⁶⁵ MÜLLER J. P., S. 184; daran anschliessend: COULLERY, Verfassungsanspruch, N 38 (zusammenfassend).

¹⁴⁶⁶ MOLINARI, N 313.

¹⁴⁶⁷ MOLINARI, N 313; BELSER/MOLINARI, BSK-BV, N 35 zu Art. 1 BV.

¹⁴⁶⁸ WOLFFERS, S. 69; HÄFELI, S. 69.

¹⁴⁶⁹ BELSER/MOLINARI, BSK-BV, N 36 zu Art. 7 BV; MOLINARI, N 315.

¹⁴⁷⁰ Grundlegend: SCHEFER, 5 ff.; sowie: MOLINARI, N 314; MAHLMANN, S. 1318; MASTRONARDI, St. Galler Kommentar, N 27 zu Art. 7 BV; BELSER/MOLINARI, BSK-BV, N 36 zu Art. 7 BV; BIAGGINI, N 9 zu Art. 7 BV.

V. Besonders relevante Aspekte der Menschenwürde für die Beurteilung der Zumutbarkeit einer Arbeit im Sozialhilferecht

A. Minimale Dispositionsfreiheit und das Subsidiaritätsprinzip gem. Art. 12 BV

- 614 Teil I hat gezeigt, dass das Recht auf Hilfe in Notlagen (Art. 12 BV) auf der Menschenwürde beruht, weswegen die Deckungsgleichheit des Kernbereichs und des Schutzgehalts anerkannt wurde.¹⁴⁷¹ Die Rechtsprechung und aktuelle Praxis macht die Anspruchsberechtigung zum Bezug von Hilfe in Notlagen vom Verhalten einer Person abhängig: Das Annehmen einer (entlöhnten) Stelle in einem Beschäftigungsprogramm ist eine Anspruchsvoraussetzung für Hilfe in Notlagen (und die Sozialhilfe).¹⁴⁷² Ist diese Konzeption mit dem Recht auf Menschenwürde, welches unbestrittenermassen bei der Konkretisierung von Art. 12 BV – und allen weiteren Grundrechten – zu berücksichtigen ist, vereinbar?¹⁴⁷³
- 615 Bei genauer Betrachtung ist dies zu verneinen. Wie gesehen (N 602 f.) liegt dem Würdebegriff ein offenes Menschenbild zu Grunde. Diese Offenheit ist gefährdet, wenn mit der Menschenwürde ein gesellschaftliches Leitprinzip, basierend auf Leistungsfähigkeit, wirtschaftlicher Selbständigkeit und Eigenverantwortung, in Verbindung gebracht wird. Wird schliesslich denjenigen, die diesen gesellschaftlichen Leitprinzipien nicht entsprechen – obwohl sie gemäss gerichtlicher Einschätzung dazu in der Lage wären –, die minimale Existenzsicherung vorenthalten, ist dies nicht mit der Menschenwürde vereinbar. Auch wer nicht leistet, ist als Teil der Menschheit anzusehen und hat daher Anspruch auf das universell geltende Recht der Menschenwürde.¹⁴⁷⁴ Aus der voraussetzungslosen Geltung, der Konzeption als Kerngehaltsschutz und der minimal zu garantierenden Dispositionsfreiheit ergibt sich, dass auch denjenigen, die nicht leisten, die Menschenwürde nicht aberkannt

¹⁴⁷¹ Siehe N 205 f.

¹⁴⁷² Siehe v.a. N 269 ff.

¹⁴⁷³ Siehe: LATERNSE, S. 29; MOLINARI, N 314; MAHLMANN, S. 1318.

¹⁴⁷⁴ WIZENT, S. 79 f.

werden kann.¹⁴⁷⁵ Dies gilt insbesondere für die Menschen, die auf staatliche Leistungen angewiesen sind.¹⁴⁷⁶

Die Selbstbestimmung setzt im staatlichen Unterstützungskontext beispielsweise voraus, dass ein Minimum an Geldeigentum überlassen wird und nicht ausschliesslich Sachleistungen erbracht werden. Eine (sanktionsweise) Verweigerung von Taschengeld würde die betroffene Person in unzulässiger Weise auf ihre physischen Existenzbedürfnisse reduzieren.¹⁴⁷⁷

Die Offenhaltung des Menschenbildes gebietet also minimale Chancen einer autonomen Lebensführung und verbietet paternalistischen Zwang zu einem von der Mehrheit als «gut» und «richtig» beurteilten Leben.¹⁴⁷⁸ Dadurch wird auch einer allfälligen Einschränkung der anzuerkennenden Anders- und Einzigartigkeit durch kollektive Anschauungen Grenzen gesetzt.¹⁴⁷⁹ Eine derartige Relativierung der Menschenwürde hätte, wenn überhaupt möglich, auf einem gesellschaftlichen Konsens zu beruhen.¹⁴⁸⁰ Auf einen solchen kann sich die «Workfare-Logik» nicht stützen.¹⁴⁸¹

So verdient jede Person, ungeachtet ihres Verhaltens, den Schutz der Würde.¹⁴⁸² Leistungen dürfen nicht vorenthalten werden, weil sich eine Person selber «mensenunwürdig» verhalte. Die Menschenwürde und somit auch das Recht auf Nothilfe muss nicht «verdient» werden und die Einzelne wird durch den Selbsthilfegrundsatz nicht verpflichtet, sich «würdig» zu verhalten.¹⁴⁸³

Die aktuelle Interpretation von Art. 12 BV i.V.m. Art. 7 BV tappt dementsprechend in die «Falle» des vom Bundesgericht identifizierten Paradoxes des Menschenwürdebegriffs: Der – auf dem selbstverantwortlichen Verhalten basierende –

¹⁴⁷⁵ WIZENT, S. 80; SCHEFER, S. 348.

¹⁴⁷⁶ WIZENT, S. 85.

¹⁴⁷⁷ WIZENT, S. 86; AMSTUTZ, S. 271; offengelassen vom BGer in BGE 135 I 119, E. 7.2.

¹⁴⁷⁸ AMSTUTZ, S. 75, Hervorhebung im Original.

¹⁴⁷⁹ Vgl. BGE 143 IV 77, E. 4.1, wiedergegeben oben: N 603.

¹⁴⁸⁰ Vgl. SCHEFER, S. 119.

¹⁴⁸¹ Siehe auch: WIZENT, Sozialhilferecht, N 363 ff., der beklagt, über das ganze Sozialhilferecht lege sich ein «Schleier der Intransparenz».

¹⁴⁸² MASTRONARDI, St. Galler Kommentar, N 54 zu Art. 7 BV.

¹⁴⁸³ WIZENT, S. 80; siehe auch explizit: das Deutsche Bundesverfassungsgericht, 1 BvL 7/16 v. 05.11.2019 im Hartz-IV-Sanktionen-Urteil, N 120: «Die den Anspruch fundierende Menschenwürde steht allen zu und geht selbst durch vermeintlich «unwürdiges» Verhalten nicht verloren.»

Eintrittstest für die auf der Menschenwürde beruhenden staatlichen Leistungen ist unweigerlich mit einer engeren Konzeption einer sich würdig verhaltenden Person verbunden und wirkt ausschliessend. Der Selbstverantwortung wurde zunehmend mehr Gewicht beigemessen, so dass sie unterdessen dazu benutzt wird, einer Person die minimalen Unterstützungsleistungen zu entziehen. Die Selbstverantwortung wird dabei ein Mittel, um eine Person herabzusetzen und sie auszuschliessen.¹⁴⁸⁴ Die Person, die sich «unwürdig» verhält, erhält nicht mehr, was für ein menschenwürdiges Leben unerlässlich ist.

- 619 Wird Art. 7 BV bei der Konkretisierung des Subsidiaritätsprinzips gem. Art. 12 BV respektive i.S. der sozialhilferechtlichen Bedürftigkeit als richtungsweisend berücksichtigt, rechtfertigt die Ablehnung einer (zumutbaren) Arbeit in einem Beschäftigungsprogramm sowie anderes als unkooperativ oder renitent beschriebenes Verhalten keine vollständige Verweigerung von Leistungen. Eine Verweigerung der Nothilfe soll immer nur dann möglich sein, wenn konkret und aktuell sichergestellt ist, dass eine Person über die Mittel, die für ein menschenwürdiges Dasein unerlässlich sind, verfügt.¹⁴⁸⁵ Ansonsten wird das menschenrechtliche Versprechen von Art. 12 BV nicht honoriert.¹⁴⁸⁶
- 620 Eine Verpflichtung zur Teilnahme an einem Beschäftigungsprogramm fällt an sich nur bei einem bestehenden Unterstützungsverhältnis in Betracht; daher ist letztlich die Frage zu klären, ob die Leistungen von Art. 12 BV an Bedingungen oder Auflagen geknüpft werden können, was auch wiederum die Menschenwürdedimension von Art. 12 BV berührt. Inwieweit können Rechtspositionen, die aus der Menschenwürdegarantie folgen, aus (sozial-)politischen Erwägungen modifiziert und eingeschränkt werden?¹⁴⁸⁷ Eine solche Relativierung ist unzulässig, denn entweder folgt eine Rechtsposition aus der Menschenwürde und kann deswegen nicht eingeschränkt werden oder aber sie folgt nicht aus der Menschenwürde, sodass sich die Frage gar nicht stellt.¹⁴⁸⁸
- 621 MASTRONARDI äussert sich unmissverständlich zur Beziehung von Art. 7 BV und dem Subsidiaritätsprinzip nach Art. 12 BV: «Da Art. 7 umfangmässig den gleichen Anspruch sichert wie Art. 12, werden dadurch die Anspruchsvoraussetzungen von

¹⁴⁸⁴ AMSTUTZ, Menschenwürde, S. 89.

¹⁴⁸⁵ AMSTUTZ, Menschenwürde, S. 89; ähnlich: HÄNZI, S. 91.

¹⁴⁸⁶ HANGARTNER, S. 1149.

¹⁴⁸⁷ MAHLMANN, S. 1316; ähnlich: AMSTUTZ, Anspruchsvoraussetzungen, S. 21.

¹⁴⁸⁸ MAHLMANN, S. 1316.

Art. 12 unwirksam.»¹⁴⁸⁹ Dies bedeutet, dass, falls Auflagen im Zusammenhang mit den Leistungen von Art. 12 BV nicht beachtet werden, der Staat «weitgehend machtlos» ist.¹⁴⁹⁰ Nur so kann eine Unterteilung in würdige und unwürdige Arme verhindert werden.¹⁴⁹¹ Je mehr die Anforderungen an das unter dem Subsidiaritätsprinzip geforderte Verhalten ausgedehnt werden, desto offensichtlicher wird der Konflikt mit dem «Würdeparadox»: So war im bereits mehrfach erwähnten Urteil BGer 8C_850/2019 v. 12.06.2019 die «falsche» Geisteshaltung ausreichend, um eine Person aus dem Schutzbereich der Menschenwürde auszuschliessen.

B. Menschenwürde als Eingriffs- und Schutznorm (Sittlichkeitsgebote und -verbote)

Die Menschenwürde schützt nicht nur als Grundrecht individuelle Rechtspositionen, sondern als Verfassungsprinzip kollektive Anschauungen.¹⁴⁹² Der Schutz der Menschenwürde kann als öffentliches Interesse gesehen werden, welches es in der Gesellschaft zu wahren gilt¹⁴⁹³ und zur Einschränkung von anderen Grundrechten herangezogen werden kann.¹⁴⁹⁴ Der Staat soll eingreifen, sobald die Menschenwürde Einzelner bedroht ist.¹⁴⁹⁵ Dies unterstreicht die Notwendigkeit der Unterscheidung zwischen der Menschenwürde als Verfassungsprinzip, die eine kollektive Leitidee zum Ausdruck bringt – den «*raison d'être*» des Sozialstaates darstellt –, und der Menschenwürde als Individualrecht zum Schutz der minimalen Autonomie.¹⁴⁹⁶ 622

In dieser Funktion der Menschenwürde liegt die Gefahr, dass ein bestimmtes Menschenbild verallgemeinert wird und sich die Menschenwürdegarantie von einer Schutz- in eine Eingriffsnorm verwandelt.¹⁴⁹⁷ Darin kann einerseits eine Gefahr des «moralischen Fundamentalismus» oder der «Tyrannei der Würde» gesehen 623

¹⁴⁸⁹ MASTRONARDI, St. Galler Kommentar, N 54 zu Art. 7 BV.

¹⁴⁹⁰ RÜEGG, S. 41.

¹⁴⁹¹ AMSTUTZ, Anspruchsvoraussetzungen, S. 32; ähnlich auch: COULLERY, S. 78.

¹⁴⁹² Siehe dazu oben: N 607.

¹⁴⁹³ So ausdrücklich: DUBEY, N 1164.

¹⁴⁹⁴ DUBEY, N 1165; MOLINARI, N 808 ff.; SCHEFER, S. 39.

¹⁴⁹⁵ HÄNZI, S. 68 f.

¹⁴⁹⁶ Vgl. MCCRUDDEN, S. 699.

¹⁴⁹⁷ SCHEFER, S. 39; MOLINARI, N 810.

werden.¹⁴⁹⁸ Andererseits kann darin aber auch die Unveräußerlichkeit und Unverzichtbarkeit der Menschenrechte – insbesondere der menschenrechtlichen Kerngehalte – gesehen werden.¹⁴⁹⁹

Beispiele für einen solchen Einsatz der Menschenwürde im Arbeitsbereich stellen etwa die Verbote des sogenannten Zwergenweitwurfs dar. Beim Zwergenweitwurf lassen sich kleinwüchsige Menschen von grösseren und stärkeren Menschen durch die Luft werfen. Sowohl in Deutschland¹⁵⁰⁰ als auch in Frankreich¹⁵⁰¹ wurden entsprechende Veranstaltungen untersagt, da diese Praxis gegen die Menschenwürde der Person, die geworfen werde, verstosse. Die kleinwüchsigen Personen, die sich bei dieser Veranstaltung hätten werfen lassen wollen, haben sich gegen dieses Verbot zur Wehr gesetzt. Unter anderem argumentierten sie, ihnen werde dadurch die Ausübung ihres frei gewählten Berufs untersagt,¹⁵⁰² was wiederum in einer Verletzung ihrer Menschenwürde münde, da Menschenwürde auch darin bestehe, eine Arbeit zu haben.¹⁵⁰³ Jedoch kamen die Gerichte¹⁵⁰⁴ zum Schluss, dass es sich beim Zwergenweitwurf um eine derbe Volksbelustigung handle, die gegen die guten Sitten¹⁵⁰⁵ und daher gegen die Menschenwürde verstosse.¹⁵⁰⁶ Die Person, die bei einer solchen Veranstaltung geworfen werde, werde zum Objekt degradiert.¹⁵⁰⁷ Es sei daher auch unerheblich, ob eine Einwilligung vorliege, da die Menschenwürde ein unverfügbarer Wert sei, auf den nicht wirksam verzichtet werden könne.¹⁵⁰⁸

¹⁴⁹⁸ SCHEFER, S. 18; MOLINARI, N 809, je mit Hinweisen auf NEUMANN ULFRIED, Die Tyrannei der Würde: Argumentationstheoretische Erwägungen zum Menschenwürdeprinzip, in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 1998, S. 153–166.

¹⁴⁹⁹ Siehe hierzu: SCHEFER, S. 367.

¹⁵⁰⁰ Verwaltungsgericht Neustadt, Beschluss v. 21.05.1992, 7 L 1271/92, in: NVwZ 1993, 98 f.; siehe dazu auch die Hinweise bei MOLINARI, N 437; PÄRLI, Recht auf Arbeit, S. 121.

¹⁵⁰¹ MRA, Communication No. 854/1999, *Manuel Wackenheim ./. Frankreich* v. 15.07.2002, CCPR/C/75/D/854/1999; siehe auch Hinweis zum innerstaatlichen Verfahren bei: SCHEFER, S. 352, Fn. 444.

¹⁵⁰² Verwaltungsgericht Neustadt, Beschluss v. 21.05.1992, 7 L 1271/92, in: NVwZ 1993, 98 f., § 2.

¹⁵⁰³ MRA, *Manuel Wackenheim ./. Frankreich*, § 3 und 5.3; zum Zusammenhang zwischen Arbeit und Würde siehe auch Kapitel 8, N 679.

¹⁵⁰⁴ Der MRA trat nur auf die Rüge der Diskriminierung nach Art. 26 UN-Pakt II ein, da die Rüge einer Verletzung von Art. 9 UN-Pakt II (Persönliche Freiheit und Sicherheit) und Art. 16 UN-Pakt II (Anerkennung der Rechtsfähigkeit) offensichtlich unbegründet sei, vgl. MRA, *Manuel Wackenheim ./. Frankreich*, § 6.3.

¹⁵⁰⁵ Verwaltungsgericht Neustadt, Beschluss v. 21.05.1992, 7 L 1271/92, in: NVwZ 1993, § 6.

¹⁵⁰⁶ Verwaltungsgericht Neustadt, Beschluss v. 21.05.1992, 7 L 1271/92, in: NVwZ 1993, § 8.

¹⁵⁰⁷ Verwaltungsgericht Neustadt, Beschluss v. 21.05.1992, 7 L 1271/92, in: NVwZ 1993, § 10.

¹⁵⁰⁸ Verwaltungsgericht Neustadt, Beschluss v. 21.05.1992, 7 L 1271/92, in: NVwZ 1993, § 11.

MASSARENTI meint dazu, ein liberal denkender Mensch könne diese Diskussion nur verstört verlassen, da es ihm lieber wäre, wenn es diese Sportart gar nicht erst gäbe. Ein Verbot sei dennoch schwer zu rechtfertigen. Zudem wäre es ihm – dem liberal denkenden Menschen – ebenfalls lieber, wenn man einen besseren Gebrauch der eigenen Freiheit machte. Gleichzeitig wolle man niemanden zurechtweisen, der sich vor einem anderen Entscheidungshorizont als dem eigenen befinde.¹⁵⁰⁹

Mit ähnlicher Argumentation hielt das deutsche Bundesverwaltungsgericht ein Verbot von sog. Peep-Shows¹⁵¹⁰ aufrecht.¹⁵¹¹ Zwar verletze nicht das Zurschaustellen des nackten weiblichen Körpers die Menschenwürde, allerdings ergebe sich die entwürdigende objekthafte Stellung durch die Mechanisierung des Geschäftsvorgangs, wobei der «Anblick der nackten Frau wie die Ware eines Automaten durch Münzeinwurf verkauft und gekauft wird». Auch hier sei es unerheblich, ob die Frau freiwillig auftrete oder nicht.¹⁵¹² Solche Shows wurden auch in der Schweiz verboten, jedoch nicht mit einem expliziten Verweis auf die Menschenwürde, sondern unter Heranziehung baupolizeilicher Gründe: Diese Shows würden zu «ideellen Immissionen» führen, was zu einer «Verslumung» des betroffenen Quartiers beitragen könne.¹⁵¹³

Ebenfalls erwähnt werden kann das Verbot von Laserdromes, welches durch das deutsche Bundesverwaltungsgericht mit einem Verweis auf die Menschenwürde aufrechterhalten wurde. In einem Laserdrome schießen die Spieler_innen mit Laserzielgeräten aufeinander. Treffer werden mit einem akustischen und einem optischen Signal gekennzeichnet. Die Menschenwürde diene in der Argumentation in diesem Urteil ebenfalls nicht zum Schutz der involvierten Spieler_innen, sondern zum Schutz von allgemeinen Wertvorstellungen.¹⁵¹⁴ Dieses Verbot von Laserdromes wurde schliesslich auch vom Europäischen Gerichtshof (EuGH) nicht beanstandet. Die Dienstleistungsfreiheit stehe diesem – mit der Menschenwürde begründeten – Verbot nicht entgegen.¹⁵¹⁵

Diese Gefahr der «Tyrannei der Würde» entsteht im hier untersuchten Kontext 624 durch das Spannungsfeld zwischen «fürsorglichem» Staatshandeln, welches ein Verhalten im «Interesse der Betroffenen» vorschreibt, und individueller Freiheit. Um die Einzelnen vor sich selbst – und mitunter einer menschenunwürdigen Bettel-

¹⁵⁰⁹ MASSARENTI ARMANDO, *Zwergenweitwurf und andere philosophische Übungen*, Frankfurt a.M./Leipzig 2009, S. 15.

¹⁵¹⁰ In der Schweiz auch diskutiert unter dem Stichwort «Stützli-Sex».

¹⁵¹¹ Siehe dazu auch: MOLINARI, N 436; SCHEFER, S. 18.

¹⁵¹² Bundesverwaltungsgericht Deutschland, BVerwGE 64, 274 I C 232.79 v. 15.12.1981.

¹⁵¹³ BGE 108 Ia 140, E. 5a/bb.

¹⁵¹⁴ MOLINARI, N 438, m.H.a. die Entscheidung des deutschen Bundesverwaltungsgerichts, BVerwGE 115, 189 (200) v. 24.10.2001.

¹⁵¹⁵ Vgl. EuGH, Urteil vom 13.10.2004, C-36/02, *Omega Spielhallen*, Ziff. 41.

existenz – zu schützen, wird auf ein Ideal des selbständigen, wirtschaftlich unabhängigen Menschen zurückgegriffen und damit die aktivierende Sozialpolitik unterlegt. Diese geht davon aus, dass einer Arbeit resp. Beschäftigung etwas zukomme, das für ein menschenwürdiges Dasein unerlässlich sei. Deutlich wird dies z.B. in BGE 130 I 71, E. 5.4, wo festgehalten wurde, dass die Teilnahme an einem Beschäftigungsprogramm grundsätzlich im Interesse der Sozialhilfeempfänger_in liege.¹⁵¹⁶ In einem früheren Urteil wurde aus demselben Grund festgehalten, die Weigerung, am Programm teilzunehmen, sei unverständlich.¹⁵¹⁷ Dies kann zu einer Umkehr der Schutzrichtung der Menschenwürde als individuelles Grundrecht führen.¹⁵¹⁸

LEISNER argumentiert, eine Arbeitsübernahme sei (immer) Ausdruck der Menschenwürde.¹⁵¹⁹ Die Selbsthilfe sei der vorrangige Ausdruck menschenwürdiger Existenz und durch den Begriff der «zumutbaren Arbeit» werde der «Fehlvorstellung» Vorschub geleistet, «eigentlich könne die Gemeinschaft die Bedürftigen zu gar nichts zwingen». LEISNER beklagt denn auch die «Verschiebung der Sozialhilfe vom Status positivus zum Status negativus», denn dem Bedürftigen stehe von vornherein und aus der Menschenwürde heraus nicht die Freiheit zu, nichts für seine Existenz zu tun, diese zu gefährden oder zu zerstören und dennoch die Hilfe der Gemeinschaft einzufordern.¹⁵²⁰ Somit geht dieser Autor grundsätzlich von einer anderen grundrechtlichen Konzeption der Sozialhilfeleistungen aus und erkennt – nach hier vertretener Ansicht – nicht nur die Schutzwirkung der Menschenwürde, sondern auch, dass der leistende Sozialstaat (faktisch) in Grundrechte eingreift und die abwehrrechtliche Dimension der Grundrechte auch in dieser Konstellation zu beachten ist (siehe Kapitel 4, insbes. N 536 ff.).

MCCRUDDEN klassifiziert einen dem Ansatz des schweizerischen Bundesgerichts ähnlichen Ansatz des kanadischen Supreme Courts als «highly individualistic». Die Pflicht zur Teilnahme an einem Beschäftigungsprogramm helfe, das Gleichheitsgebot zu realisieren. Selbstbestimmung und Selbstrespekt, die gefördert würden, seien der wesentliche Inhalt der Menschenwürde.¹⁵²¹ Der Ansatz scheint zwar in dem Sinne individualistisch, dass die Position des Individuums im Zentrum der gerichtlichen Argumentation steht. Jedoch wird wieder durch kollektive Anschauungen definiert, was für ein würdiges Leben gut sein soll, und diese Idee dazu benutzt, die zu fördernde Autonomie einzuschränken.

¹⁵¹⁶ Siehe N 387.

¹⁵¹⁷ Urteil BGer 2P.7/2003 v. 14.01.2003, E. 2.3; siehe auch: N 389.

¹⁵¹⁸ WIZENT, S. 80 in Fn. 306 mit kritischem Hinweis auf LEISNER, S. 114 f., 243.

¹⁵¹⁹ LEISNER, S. 243; siehe nachfolgend N 629 ff. zur Frage, ob Arbeitsmöglichkeiten zum Schutz der Menschenwürde beitragen.

¹⁵²⁰ LEISNER, S. 242.

¹⁵²¹ Gosselin v. Quebec, 2002 SCC 84 (Sup Ct Canada), wie bei MCCRUDDEN, S. 701.

Andererseits wird aus den obigen Beispielen des Verbots des Zwergenweitwurfs und von Peep-Shows ersichtlich, dass sich aus der Menschenwürde auch eine «Sittlichkeitsschranke» für gewisse Formen der Erwerbstätigkeit ergibt und gewisse – auch selbst gewählte – Arbeiten vom Staat nicht toleriert werden. Dementsprechend kann ihre Ausübung nicht unter den Subsidiaritätsvorbehalt staatlicher Unterstützung fallen. Bei Tätigkeiten, die zwar grundsätzlich erlaubt sind und nicht (mehr) als sittenwidrig angeschaut werden, ist im Einzelfall zu prüfen, ob die Wahrung der persönlichen Interessen eine Zuweisung einer bestimmten Beschäftigung zulässt. 625

Besonders zu betrachten sind die Prostitution und andere sexuellen Dienstleistungen (z.B. via Telefon oder Video). Prostitution ist in der Schweiz nicht verboten, jedoch werden bestimmte Formen der Prostitution unter Strafe gestellt.¹⁵²² Das Bundesgericht vertrat lange die Ansicht, der Prostitutionsvertrag sei sittenwidrig, womit das Arbeitsentgelt nicht gerichtlich eingefordert werden konnte.¹⁵²³ Jüngst erhielt das Bundesgericht jedoch die Möglichkeit, von dieser Rechtsprechung abzurücken.¹⁵²⁴ Die Möglichkeit zur gerichtlichen Einforderung des Arbeitsentgelts ist damit geklärt. Dennoch kann die Prostitution nicht als eine zumutbare Arbeit im hier untersuchten Kontext bezeichnet werden, deren Ausübung der Staat i.S. der Eigenverantwortung und in Vorrang zur gesellschaftlichen Solidarität von einer Person verlangen könnte. 626

In Deutschland wurde – nach Aufhebung des Prostitutionsverbots – die Frage debattiert, ob Langzeitarbeitslose unter Sanktionsandrohung zu Arbeiten in der Erotikbranche angewiesen werden können. In Bezug auf die direkte Erbringung von sexuellen Dienstleistungen (Prostitution, erotische Massagen etc.) wird dies generell verneint, obwohl es sich um erlaubte Beschäftigungsformen handelt. Solche 627

¹⁵²² Zu erwähnen sind etwa Art. 193 StGB (Ausnützung einer Notlage) und Art. 195 StGB (Förderung der Prostitution); siehe allgemein zur freiwilligen resp. unfreiwilligen Sexarbeit und zur strafrechtlichen Behandlung: RECHER, S. 102 ff.

¹⁵²³ Urteil BGer 6B_188/2011 v. 26.10.2011, E. 2.3; vgl. zum Ganzen auch: HOTZ SANDRA, Körper, Arbeit und Selbstbestimmung: Massage, Prostitution, Leihmutterchaft. Zur Kommerzialisierung des Privaten – ein Ausblick, ZSR 138 (2019), S. 111 ff.; HÜRLIMANN BRIGITTE, Prostitution – ihre Regelung im schweizerischen Recht und die Frage der Sittenwidrigkeit, Diss. Freiburg i.Ue., Zürich 2004.

¹⁵²⁴ BGE 147 IV 73; früher bereits ähnlich: Urteil des Bezirksgerichts Horgen, Einzelgericht, FV120047 vom 09.07.2013, E. 2.1.3; siehe Hinweis bei RECHER, S. 103.

Arbeiten werden auch nicht vermittelt.¹⁵²⁵ Die Persönlichkeitsrechte werden über eine rechtlich erlaubte Beschäftigungsform gestellt. Die nicht vorhandene Bereitschaft, Prostitution auszuüben, auch wenn sie früher ausgeübt wurde, spricht gegen die Zumutbarkeit dieser Arbeit.¹⁵²⁶ Hingegen sei die Arbeit im Detailhandel, der erotische Waren vertreibt, an sich zumutbar, jedoch rät die Bundesagentur für Arbeit gem. der Deutschen Presse von einer sofortigen Sanktion beim Nichtantritt einer solchen Stelle ab. In einem Graubereich bewege man sich etwa bei Tätigkeiten zur «Vorbereitung und Unterstützung erotischer Dienstleistungen», wie z.B. dem Bar- oder Putzpersonal in Erotiketablisements. Eine Vermittlung von solchen Stellen solle gem. der Bundesagentur für Arbeit von einem ausdrücklichen Wunsch der zu vermittelnden Person abhängig gemacht werden.¹⁵²⁷

- 628 Diese Position ist vor allem insofern begrüßenswert, als im Bereich der direkten sexuellen Dienstleistungen die Persönlichkeitsrechte über eine rechtlich erlaubte Beschäftigungsform gestellt werden. Dies hat zweifelsohne auch in der Schweiz zu gelten, zumal sich im Rahmen des Abhängigkeitsverhältnisses zwischen Sozialhilfeempfänger_innen und der Behörde die Frage stellt, inwiefern durch eine Aufforderung, solche Dienstleistungen zu erbringen, in unerlaubter und strafrechtlich relevanter Weise auf die (sexuelle) Freiheit der Betroffenen eingewirkt wird – neben dem, dass diese Aufforderung an sich bereits persönlichkeitsverletzend sein könnte. Den Schutz der Persönlichkeitsrechte durch den expliziten Wunsch der arbeitslosen Person, in einem solchen Bereich eingesetzt zu werden, abzusichern, ist notwendig. Aber auch im «grundsätzlich zumutbaren» Bereich haben z.B. religiöse und weltanschauliche Überzeugungen berücksichtigt zu werden (siehe dazu ausführlicher N 984).

¹⁵²⁵ Siehe: Bundesagentur für Arbeit, Fachliche Weisungen SGB II, § 16 SGB II Leistungen zur Eingliederung, N 16.18, <https://www.arbeitsagentur.de/datei/fw-sgbii-16-ivm-81ff-sgbiii_ba017775.pdf>, besucht am 30.04.2021.

¹⁵²⁶ Bundesagentur für Arbeit, Fachliche Weisungen SGB II, § 10 SGB II, <https://www.arbeitsagentur.de/datei/fw-sgb-ii-10_ba015846.pdf>, besucht am 30.04.2021.

¹⁵²⁷ Vgl. Berliner Zeitung vom 27.06.2017, «Hartz-IV-Empfänger Arbeitsagentur stellt neue Regeln für Jobs in Erotikbranche auf», <<https://www.berliner-zeitung.de/berlin/hartz-iv-empfaenger-arbeitsagentur-stellt-neue-regeln-fuer-jobs-in-erotikbranche-auf-27871206>>, besucht am 30.04.2021.

C. **Gegenleistung und Integration: Pflicht oder Möglichkeit?**

Teil I hat gezeigt, dass über die Bedeutung des Gegenleistungsprinzips wenig Klarheit besteht (N 246). Ausgehend von der Feststellung, dass ein Grund für die andauernde Stigmatisierung von Sozialhilfeempfänger_innen das gestörte Reziprozitätsverhältnis zwischen Sozialhilfeempfänger_innen und der Gesellschaft sei, stellt WIZENT die Frage, ob das Erbringen einer Gegenleistung für die Sozialhilfeleistungen gerade erst wieder eine Anerkennung der Würde ermögliche.¹⁵²⁸ Dass eine Möglichkeit, eine Gegenleistung zu erbringen, diesen Effekt haben kann und zur sozialen Integration der Hilfeempfänger_innen beitragen kann, leuchtet zunächst ein.¹⁵²⁹ Solche Möglichkeiten zu eröffnen, ist eine staatliche Pflicht, die sich aus der Menschenwürde, dem Sozialstaatsprinzip¹⁵³⁰ und – wie zu zeigen sein wird – aus dem Recht auf Arbeit ergibt.¹⁵³¹ Für einige gilt dies sogar für zwingende Massnahmen.¹⁵³² 629

Jedoch werden heute Möglichkeiten zur Gegenleistung nicht als solche aufgefasst. Vielmehr werden sie mit Anreizen und Sanktionen verbunden und aktiv eingefordert. Damit wird versucht, das Verhalten der Sozialhilfeempfänger_innen zu steuern,¹⁵³³ und somit schliesslich die Autonomie untergraben.¹⁵³⁴ Dieses System bringt zum Ausdruck, dass den Sozialhilfeempfänger_innen «doch nicht ganz 630

¹⁵²⁸ WIZENT, S. 88.

¹⁵²⁹ So haben z.B. Programme zur sozialen Integration einen positiven Einfluss auf die Gesundheit der Teilnehmer_innen, vgl. FRITSCHI TOBIAS/NEUENSCHWANDER PETER/WETZ SAMUEL, Nachhaltige Wirkungen der Integrationsprogramme, ZESO 4/2019, S. 24 f.; OESCH THOMAS/NEUENSCHWANDER PETER, Wirkungen von Integrationsprogrammen in der Sozialhilfe, ZESO 2/2017, S. 2; auch bspw. Interview K1: Ein Sozialhilfeempfänger schätzt an seinem Programmarbeitsplatz (nebst der Integrationszulage von CHF 100) vor allem auch, den Kontakt mit Leuten, die Zigarettenpausen und die Unterhaltungen mit anderen Mitarbeiter_innen.

¹⁵³⁰ WIZENT, S. 88; ähnlich auch: PREVITALI ADRIANO, Pour la reconnaissance d'un nouveau droit de l'homme – Le droit à l'inclusion, in: Zuffrey Jean-Baptist/Dubey Jacques/Previtali Adriano (Hrsg.), L'homme et son droit. Mélanges en l'honneur de Marco Borghi, Zürich/Basel/Genf 2011, S. 415–442, S. 426.

¹⁵³¹ Siehe Kapitel 8.

¹⁵³² SIMPSON, S. 71.

¹⁵³³ Ausdrücklich: Urteil BGer 2P.156/2005 v. 17.10.2005, E. 5.1; VerwG VS, Urteil A1 08 83 v. 26.06.2006, E. 3.1.

¹⁵³⁴ WIZENT, S. 88; KUTZNER, S. 61.

über den Weg getraut wird»¹⁵³⁵ und ihnen keine autonome Entscheidung über ihre Lebensführung zugetraut wird.¹⁵³⁶ Integrationsbestrebungen im Sozialhilferecht fördern zwar die Menschenwürde, wenn davon ausgegangen wird, dass es zur Würde eines Menschen gehört, seinen eigenen Unterhalt zu bestreiten. Gleichzeitig werden aber die Personen ausgeschlossen, die dieser Vorstellung nicht entsprechen oder nicht entsprechen wollen.¹⁵³⁷

- 631 Dieses Problem verschärft sich mit (der Höhe) der zu erwartenden Sanktion respektive es hängt auch davon ab, ob die Leistungen ohne die gewährte Zulage für Gegenleistungen ausreichend sind, um die Menschenwürde zu garantieren. Falls dies nicht der Fall ist, wird die Autonomie in einem nicht hinzunehmenden Masse beeinträchtigt. Denn diesfalls würde sich die Sozialhilfeempfänger_in nur zur Teilnahme an einem Beschäftigungsprogramm oder zur Aufnahme einer niedrig entlöhnten Erwerbstätigkeit entschliessen, um Zugang zu den materiellen Mitteln zur Existenzsicherung zu erhalten,¹⁵³⁸ was die zu fördernde Würde untergräbt und keinen eigentlichen Handlungsspielraum eröffnet.¹⁵³⁹

Jüngere Untersuchungen haben gezeigt, dass in speziell strengen Gegenleistungsregimes, wie sie z.B. Grossbritannien und insbes. England kennen, die Gefahr steigt, dass das System desintegrierend wirkt: Die Untergrabung der Autonomie und Selbstbestimmung führt zu einer weiteren sozialen und psychologischen Abgrenzung der Sozialhilfeempfänger_innen gegenüber der nicht auf Sozialhilfe angewiesenen Bevölkerung.¹⁵⁴⁰ Es wird damit wiederum zu einer Stigmatisierung beigetragen, indem Sozialhilfeempfänger_innen als Personen gezeichnet werden, die ohne Anreize nicht fähig sind, vernünftige Entscheidungen zu treffen.¹⁵⁴¹ Bei den Betroffenen kann dies ein Verhalten fördern, welches nicht auf die Reintegration abzielt. Sie richten ihr Verhalten vielmehr nur auf die Vermeidung von Sanktionen aus, obwohl sie festgestellt haben, dass die Reintegration mit den vom Staat geforderten (Gegen-)Leistungen nicht wahrscheinli-

¹⁵³⁵ KUTZNER, S. 56.

¹⁵³⁶ DERS., S. 57.

¹⁵³⁷ BIGLER-EGGENBERGER, N 24 zu Art. 12 BV; kritisch dazu, ob vom Staat angebotene Arbeit überhaupt Selbstrespekt verschaffen könne: DE SCHUTTER, S. 156 mit Verweis auf ELSTER JON, Is There (or Should There Be) a Right to Work?, in: Gutmann Amy (Hrsg.), *Democracy and the welfare State*, Princeton 1988, S. 53–78, S. 74.

¹⁵³⁸ KUTZNER, S. 57.

¹⁵³⁹ So auch: WIZENT, S. 89 m.w.H.

¹⁵⁴⁰ Siehe auch: MEIER/PÄRLI, Fn. 122.

¹⁵⁴¹ CHAN/BOWPITT, S. 207 f.

cher wird.¹⁵⁴² Die Programme vertrauen also auf einen Anstoss durch Zwang anstatt auf ihre Anziehungskraft durch Qualität.¹⁵⁴³ Auch kann es dazu führen, dass sich Personen der Mitwirkung ganz entziehen und sie sich aus dem Sozialsystem zurückziehen. Dies führt zwar zu sinkenden Fallzahlen, aber nicht zu mehr Menschen, die ein Leben in Würde führen können.¹⁵⁴⁴ Diese Gefahren steigen insbesondere dann, wenn kein auf die persönlichen Verhältnisse und individuellen Bedürfnisse abgestimmtes Programm angeboten wird.¹⁵⁴⁵

Dies gilt insbesondere für die Nothilfe: Eine Verknüpfung mit Gegenleistungspflichten würde hier zu einer Überbetonung der Eigenverantwortung führen und diese wiederum verwendet, um die Existenzgrundlagen und somit die Menschenwürde zu entziehen.¹⁵⁴⁶ Bei Menschen, die während längerer Zeit keinen Zugang zu Nahrung und Unterkunft mehr haben, deswegen leiden und nicht auf Unterstützung Dritter (Familie oder Hilfsorganisationen) zurückgreifen können, kann dies zu einer Verletzung von Art. 3 EMRK führen.¹⁵⁴⁷

Für die Sozialhilfeleistungen wird darauf hingewiesen, dass sich Sanktionen bei nicht erbrachten Gegenleistungen durch einen Solidarbeitrag der Einzelnen für die sozialhilferechtliche Unterstützung rechtfertigen können und ein Verzicht auf Sanktionen dem Solidaritätsgedanken nicht genügend Rechnung tragen würde.¹⁵⁴⁸ Wie in N 582 f. ausgeführt, sind auch die sozialhilferechtlichen Leistungen durch eine besonders weitreichende Solidarität begründet und basieren auf grundlegenden Werten der Sozialstaatlichkeit. Es ist daher fraglich, ob überhaupt Platz bleibt, um diese mit einer «Solidaritätspflicht» zu verknüpfen. Zumindest scheint der Solidaritätsgedanke als solcher zu vage, um den Sozialhilfeempfänger_innen sanktionsbehafte Verhaltenspflichten aufzuerlegen. Jedoch ist – unter dem Vorbehalt, dass die (noch) gewährten Leistungen die menschenwürdige Existenz garantieren – nicht in erster Linie ein Konflikt mit der Menschenwürde, sondern mit anderen Grundrechten und Grundprinzipien der Sozialhilfe zu diskutieren.

¹⁵⁴² STEWART ALASDAIR/WRIGHT SHARON, Final Findings: Jobseekers, York 2018, <<http://www.welfareconditionality.ac.uk/wp-content/uploads/2018/05/40426-Jobseekers-web.pdf>>, besucht am 30.04.2021.

¹⁵⁴³ CHAN/BOWPITT, S. 208.

¹⁵⁴⁴ Welfare Conditionality Project, Final Findings Report, York 2018, <http://www.welfareconditionality.ac.uk/wp-content/uploads/2018/06/40475_Welfare-Conditionality_Report_complete-v3.pdf>, besucht am 30.04.2021.

¹⁵⁴⁵ CHAN/BOWPITT, S. 208.

¹⁵⁴⁶ WIZENT, S. 89.

¹⁵⁴⁷ SIMPSON, S. 76.

¹⁵⁴⁸ WIZENT, S. 89.

- 633 Auf jeden Fall müsste die angebotene Arbeit bzw. Möglichkeit zur Gegenleistung tatsächlich so ausgestaltet sein, dass die versprochenen positiven Effekte für die (soziale) Integration eintreten. Dies fordert eine anreizorientierte Betrachtung der Gegenleistungspflicht. Die Aktivität sollte mit den Interessen, Fähigkeiten und Aspirationen übereinstimmen; uninteressante und erniedrigende Tätigkeiten, die im allgemeinen Interesse angeboten werden, damit eine Gegenleistung für die erhaltene Hilfe erbracht wird, sind auszuschliessen.¹⁵⁴⁹

D. Instrumentalisierungsverbot und prozessuale Grundrechte

- 634 Aus dem oben angesprochenen Selbstbestimmungsrecht, welches Teil der Menschenwürde ist (siehe N 616), ergibt sich das Instrumentalisierungsverbot: Der Eigenwert des Menschen verbietet es, ihn als reines Objekt behördlicher Entscheidungen zu behandeln. Dies erfordert insbesondere, dass eine Person an einem sie betreffenden Entscheidungsprozess persönlichkeitsbezogen mitwirken kann.¹⁵⁵⁰ Die Verfahrensgrundrechte aus Art. 29 BV weisen einen engen Bezug zur Menschenwürde auf. Nur wenn diese gewahrt werden, kann sichergestellt werden, dass sich die von einer Weisung zur Aufnahme einer Arbeit resp. zur Teilnahme an einem Beschäftigungsprogramm betroffenen Sozialhilfeempfänger_innen als Subjekt wahrgenommen fühlen und nicht zum Objekt eines sozialpolitischen Aktivierungsparadigmas werden.¹⁵⁵¹ Zu beachten ist, dass die Mitwirkung am Entscheidungsprozess höheren Ansprüchen zu genügen hat, je intensiver die allenfalls ergehende Verfügung in zentrale Aspekte der Existenz der Rechtsunterworfenen eingreift.¹⁵⁵² Nähert sich der Eingriff in seiner Intensität einer Kerngehaltsverletzung, sind die Partizipationsrechte besonders und durch speziell strenge Anforderungen an die Unbefangenheit der Behörde zu wahren. Dabei müssen sämtliche rechtlichen und tatsächlichen Aspekte gehört und vorurteilslos gewürdigt

¹⁵⁴⁹ Vgl. TECKLENBURG, S. 138.

¹⁵⁵⁰ BGE 127 I 6, E. 5b; vgl. auch zur Objektformel: BELSER/MOLINARI, BSK-BV, N 11 ff. zu Art. 7 BV; MASTRONARDI, St. Galler Kommentar, N 44 zu Art. 7 BV.

¹⁵⁵¹ Allgemeiner dazu: WIZENT, S. 86.

¹⁵⁵² SCHEFER, S. 518.

werden.¹⁵⁵³ Insofern strahlt die materielle Rechtsposition auf die Verfahrensrechte aus.¹⁵⁵⁴

Dies heisst konkret, dass, wenn Kürzungen des sozialhilferechtlichen Grundbedarfs¹⁵⁵⁵ oder gar die Einstellung jeglicher Hilfeleistungen aufgrund einer Verletzung des Subsidiaritätsprinzips zur Diskussion steht, die betroffene Person in einem besonders persönlichkeitsbezogenen Verfahren einbezogen werden muss. Dies hat nicht nur aufgrund der Menschenwürde bejaht zu werden, sondern auch aus pragmatischen Gründen: Die Verhaltensforschung deutet darauf hin, dass es für eine Person wichtiger ist, wie sie in einem Verfahren behandelt wird, als was letztlich materiell zugesprochen wird. Die korrekte Behandlung in einem Verfahren fördert die Akzeptanz des Entscheides, das Vertrauen in die Behörden und beugt Missbräuchen vor.¹⁵⁵⁶ Dies wiederum heisst nicht, dass materiell-rechtliche Ansprüche missachtet werden können, nur weil die prozessualen Grundrechte gewahrt wurden. Zudem liegt auf der Hand, dass die mit einem Arbeitseinsatz anzustrebende (Re-)Integration in ein autonomes und wirtschaftlich selbsttragendes Leben mit grösserer Wahrscheinlichkeit erfolgreich ist, wenn die betroffene Person bei der Auswahl des Arbeitsplatzes bereits einbezogen wurde und ihre Ansichten dabei auch ernst genommen würden.

¹⁵⁵³ Ausführlich: SCHEFER, S. 519 f.

¹⁵⁵⁴ SCHEFER, S. 518; WIZENT, S. 506; ähnlich auch: AMSTUTZ, S. 344 f.

¹⁵⁵⁵ Es muss in jedem Fall geprüft werden, ob mit einer Kürzung um bis zu 30 % der durch die Menschenwürde vorgeschriebene Bedarf nach Art. 12 BV weiterhin gedeckt ist. Während dies wohl in der Regel zu bejahen ist, sollte dennoch davon abgesehen werden, dies als gegeben vorauszusetzen. Gerade auch in Anbetracht der politischen Diskussionen um die Festlegung des Grundbedarfs, ohne Bezug zu statistischen Werten (z.B. den Lebensverhältnissen der einkommensschwächsten 10 %), ist dieser Forderung Nachdruck zu verleihen. Siehe dazu auch eingehend: HEUSSER; WIZENT, S. 192 ff.; siehe auch: N 65.

¹⁵⁵⁶ WIZENT, S. 512, m.H.a. MÜLLER MARKUS, Akzeptanz als Ziel des Verwaltungsvorgangs, in: Rüssli Markus/Hänni Julia/Häggi Furrer Reto (Hrsg.), Staats- und Verwaltungsrecht auf vier Ebenen. FS für Tobias Jaag, Zürich 2012, S. 57–68, S. 63.

VI. Zwischenfazit und Beurteilung der Praxis

- 636 Die Menschenwürde ist einerseits Grundlage des Sozialstaates und andererseits ein Grundrecht. So hat sich jede (sozial) gesetzgeberische oder richterliche Handlung an der Menschenwürde zu orientieren. Obwohl der Inhalt der Menschenwürde nicht fassbar ist, wird doch klar, dass der Individualität jeder einzelnen Person zumindest insofern Rechnung getragen werden muss, als die Person nicht zum Objekt staatlichen Handelns degradiert werden darf. Als Grundrecht kommt der Menschenwürde die Funktion eines Auffanggrundrechts zu. Darüber hinaus stellt sie den – nicht einschränkbaren – Kerngehalt von weiteren Grundrechten dar und umschreibt somit auch das Mindestmass der nicht zu verweigernden staatlichen Unterstützung (Art. 12 BV).
- 637 Aus der Menschenwürde ergeben sich vor allem folgende Folgerungen für die Zumutbarkeit des Arbeitens im sozial- und nothilferechtlichen Kontext:
- Eine *minimale Dispositionsfreiheit* ist auch Sozialhilfeempfänger_innen zuzugestehen. Die staatlich geforderte Eigenverantwortung und das ideale Menschenbild der Arbeitswilligen dürfen nicht überstrapaziert werden. Eine Person, die diesem Ideal nicht entspricht, muss einen Anspruch auf die Leistungen gem. Art. 7 und 12 BV geltend machen können. Dies bedeutet nicht, dass die Menschenwürde es untersagen würde, überhaupt Anstrengungen zur Reintegration in den Arbeitsmarkt zu verlangen, jedoch dürfen diese nicht Anspruchsvoraussetzung für Leistungen, die das menschenwürdige Dasein sichern sollen, sein. Daher scheint die aktuelle Interpretation des Subsidiaritätsprinzips gem. Art. 12 BV nicht mit der Menschenwürde gem. Art. 7 BV vereinbar. Dies wird umso deutlicher, je mehr die Anforderungen an die Subsidiarität erhöht werden und die Leistungen etwa von der «richtigen» Geisteshaltung abhängig gemacht werden.
 - Da die Menschenwürde auch als Verfassungsprinzip gilt, kann sie zu einer *Eingriffsnorm* und zur Verordnung von Selbstverantwortung herangezogen werden. Damit geht die Gefahr einer Verordnung eines bestimmten Menschenbilds einher («Tyrannei der Würde»). In der vorliegend zu beurteilenden Situation scheint die Gefährdung kollektiver Anschauungen nicht derart, dass die Menschenwürde als Begründung für einen Einsatz in einem Beschäftigungsprogramm herangezogen werden könnte.

- Andererseits ergibt sich daraus auch eine *Sittlichkeitsschranke*: Arbeiten, die als menschenunwürdig (unsittlich) angesehen werden, können nicht als zumutbare Arbeit gelten und dürfen vom Staat nicht gefördert oder gefordert werden. Dies ist im Grundsatz in der schweizerischen Praxis anerkannt. Genauere Präzisierungen dazu, was würdige Arbeit ist, können der Rechtsprechung kaum entnommen werden. Das BGer hielt beispielsweise fest, eine Arbeit sei nicht entwürdigend, weil sie nicht mit einem erhöhten Unfallpotential verbunden sei.¹⁵⁵⁷ In einem anderen Urteil wurde festgehalten, dass es zu keiner «Brandmarkung» der Sozialhilfeempfänger_innen bei einem Programmeinsatz komme, da sie nicht aufgrund spezifischer Kleidung erkennbar seien; daher sei die Arbeit nicht entwürdigend.¹⁵⁵⁸ Es berufen sich kaum Beschwerdeführer_innen direkt auf Art. 7 BV, sondern die meisten begründen ihre Beschwerde lediglich mit Art. 12 BV. Ein *explizites Anrufen der Menschenwürde* gem. Art. 7 BV wäre jedoch aufgrund des Auffangcharakters von Art. 7 BV, des Rügeprinzips¹⁵⁵⁹ und der Unsicherheiten, ob Art. 12 BV den ganzen Gehalt von Art. 7 BV konsumiert, geboten. In einem älteren Entscheid aus dem Kanton Uri wurde das Argument des Beschwerdeführers, der Arbeitseinsatz verletze seine Menschenwürde, ohne Weiteres abgelehnt, da der Einsatz seinen Fähigkeiten als Informatiker entspreche und somit das Individualisierungsprinzip berücksichtigt worden sei.¹⁵⁶⁰
- Aus einer Würde basierten Betrachtung hat der Staat zwar *Möglichkeiten zur Erbringung von Gegenleistungen* für einen Sozialleistungsbezug bereitzustellen, da das Erbringen von Gegenleistungen auch die Menschenwürde wahren oder gar erst wiederherstellen kann. Jedoch wird durch die heute geltende gesetzliche Verbindung von Zwang und Anreiz ein System geschaffen, welches die Autonomie und Selbstverantwortung von Sozialhilfeempfänger_innen negiert, und ihnen wird keine eigenverantwortliche Entscheidung über die Lebensführung zugetraut. Diese *Pflicht zur Gegenleistung ist* (zumindest) im Bereich der Nothilfe *abzulehnen*. Im Bereich der Sozialhilfe kann sie jedoch auch nicht mit Verweis auf gebotene Solidarität begründet werden. Wird zudem eine Gegenleistung zu erbringen als Möglichkeit betrachtet, die Würde der betroffenen Person wiederherzustellen, hat sie auch entsprechend ausgestaltet zu sein. Gesetzesbestimmungen wie diejenige in § 3b SHG/ZH, die

¹⁵⁵⁷ Siehe dazu: N 394.

¹⁵⁵⁸ VerwG BE, Urteil 100.2011.428.Ua v. 18.10.2012, E. 5.7.4.

¹⁵⁵⁹ MASTRONARDI, St. Galler Kommentar, N 54 zu Art. 7 BV.

¹⁵⁶⁰ OGer UR, Urteil OB V 01 8 v. 21.03.2003, E. 4b.

Gegenleistungspflichten der Sozialhilfeempfänger_innen vorsehen und dabei nur «nach Möglichkeit» der Integration der Hilfeempfänger_innen dienen sollen, sind also kritisch zu beurteilen. Eher im Geiste von Art. 7 BV ist die Gesetzgebung im Kanton Zug: Zur Förderung der sozialen und beruflichen Integration können Massnahmen (Integrationsprojekte) realisiert werden, die eine Arbeitsleistung der Betroffenen sowie eine Gegenleistung des Gemeinwesens (Soziallohn) umfassen.¹⁵⁶¹

- Aus dem *Instrumentalisierungsverbot* ergibt sich auch für Sozialhilfeempfänger_innen ein Recht auf *persönlichkeitsbezogene Mitwirkung* im Verfahren, in welchem eine zumutbare Arbeit gesucht wird. Dies gilt umso intensiver, je nachdem welche materiell-rechtliche Position betroffen ist, womit es also vor allem bei Arbeiten, die allenfalls unter das Subsidiaritätsprinzip gem. Art. 12 BV fallen, besonders zu berücksichtigen ist. Ohne Gewährung des rechtlichen Gehörs darf kein Arbeitseinsatz angeordnet werden.

638 Wie noch aufzuzeigen sein wird, werden diese Aspekte durch die nachfolgend behandelten Grundrechte präzisiert, was in der Logik der Menschenwürde als Kerngehalt jedes Grundrechts liegt. Dies gilt insbesondere für die Frage, was menschenwürdige Arbeit in einem sozialhilferechtlichen Beschäftigungsprogramm ist.

¹⁵⁶¹ § 15^{bis} Abs. 3 SHG/ZG.

Kapitel 7 Recht auf Existenzsicherung

I. Einleitung und Quellen

Ein Recht auf einen Lebensstandard, der Gesundheit, Wohl, Nahrung, Kleidung, 639 Wohnung, ärztliche Versorgung und notwendige Sozialleistungen gewährleistet, «sowie das Recht auf Sicherheit im Falle von Arbeitslosigkeit, Krankheit, Invalidität oder Verwitwung, im Alter sowie bei anderweitigem Verlust seiner Unterhaltsmittel durch unverschuldete Umstände» werden bereits in Art. 25 AEMR anerkannt. Der UN-Pakt I behandelt diese Aspekte in mehreren Artikeln.¹⁵⁶² Mit Art. 9 UN-Pakt I wird ein Recht auf Soziale Sicherheit anerkannt, wozu auch die Sozialhilfe zählt. In Art. 11 Abs. 1 UN-Pakt I wird ein Recht auf einen angemessenen Lebensstandard, einschliesslich ausreichender Ernährung, Bekleidung und Unterbringung, sowie auf eine stetige Verbesserung der Lebensbedingungen anerkannt. Art. 12 Abs. 1 UN-Pakt I verbrieft das Recht jeder Person auf das für sie erreichbare Höchstmass an körperlicher und geistiger Gesundheit. Diese Rechte werden hier als Recht auf Existenzsicherung zusammengefasst.

Weiter wird der angemessene Lebensstandard auch in Art. 28 BRK explizit für Menschen mit einer Behinderung gewährleistet. Dasselbe gilt für die KRK (Art. 27 KRK). Auf die KRK wird nachfolgend nicht eingegangen. Die Rechte von Sozialhilfeempfänger_innen mit einer Behinderung in Bezug auf die Arbeitsintegration werden im Kapitel 12 behandelt.

Nachfolgend wird der Frage nachgegangen, ob und unter welchen Umständen, die 640 im UN-Pakt I garantierten Rechte mit Arbeitsverpflichtungen verknüpft werden dürfen. Dabei wird nicht detailliert auf das international gebotene Leistungsniveau eingegangen,¹⁵⁶³ sondern von den grundsätzlich bestehenden Kernverpflichtungen ausgegangen (II). Welchen Einschränkungen (III) und Anspruchsvoraussetzungen (IV) können diese unterworfen werden und wurden diese Grundsätze in Bezug auf Beschäftigungsprogramme konkretisiert? Ist es gem. UN-Pakt I zulässig, jegliche Hilfeleistungen einzustellen, weil jemand in der Lage wäre, durch eine Teilnahme

¹⁵⁶² Siehe auch: SAUL/KINLEY/MOWBRAY, S. 862.

¹⁵⁶³ Siehe hierzu beispielsweise: AMSTUTZ, S. 184 ff.

an einem Beschäftigungsprogramm für sich selber zu sorgen, oder wird dadurch das Recht auf Existenzsicherung verletzt (V)?

- 641 Die ESC wird zur Beantwortung dieser Fragen punktuell beigezogen, da sie in Art. 13 ausdrücklich ein Recht auf Fürsorge anerkennt. Dieses Recht gilt auf internationaler Ebene als Durchbruch der Idee, dass Sozialhilfe nicht nur auf Barmherzigkeit beruht, sondern dass es sich dabei um ein veritables (Menschen-)Recht handelt.¹⁵⁶⁴
- 642 Die Verweigerung von staatlicher Unterstützung kann auch zu einer Verletzung von Art. 3 und Art. 8 EMRK führen, wobei die Hürde diesbezüglich hoch ist.¹⁵⁶⁵ In Abschnitt VI erfolgt eine Einschätzung, ob diese Hürde im vorliegend untersuchten Zusammenhang erreicht ist.
- 643 Dem UN-Pakt I und insbesondere Art. 11 UN-Pakts I wird in der Schweiz kaum eigenständige Bedeutung zugemessen. Es wird argumentiert, die (justiziablen) Mindestverpflichtungen des Paktes seien mit Art. 12 BV in ein justiziables soziales Verfassungsrecht transformiert worden.¹⁵⁶⁶ Dennoch ist bei der Auslegung von Art. 12 BV und der Ausgestaltung des sozialhilferechtlichen Schutzes auf den UN-Pakt I Rücksicht zu nehmen; ansonsten besteht die Gefahr, dass trotz dieser Ausscheidung der justiziablen Ansprüche in Art. 12 BV die Verpflichtungen des UN-Pakts I verletzt oder zumindest nicht vollumfänglich erfüllt werden.

II. Inhalt: Minimal Core Obligations (Kernverpflichtungen)

- 644 Wie in Kapitel 4 (N 482 ff.) festgehalten, beinhalten WSK-Rechte Mindestverpflichtungen. Was genau der «*minimal core content*» des Rechts auf Soziale Sicherheit oder des Rechts auf einen angemessenen Lebensstandard ist, ist nicht abschliessend geklärt. Diesen festzulegen, ist eine ungleich grössere Herausforderung, als festzustellen, dass es einen solchen gibt.¹⁵⁶⁷ So definiert auch der WSK-Ausschuss im General Comment 3, in welchem das Konzept der «*core obligations*» eingeführt

¹⁵⁶⁴ SWIATKOWSKI, S. 279.

¹⁵⁶⁵ Siehe bereits oben N 474.

¹⁵⁶⁶ GÄCHTER/WERDER, BSK-BV, N 12 zu Art. 12 BV; siehe auch oben N 530.

¹⁵⁶⁷ LEIJTEN, S. 177.

wurde, den Inhalt der Kernverpflichtungen kaum. Der Ausschuss stellt lediglich fest, dass die Kernverpflichtungen dann verletzt sind, wenn «*any significant number of individuals is deprived of essential foodstuffs, of essential primary health care, of basic shelter and housing, or the most basic forms of education*». ¹⁵⁶⁸ Dabei ist aber nicht zu vergessen, dass der Inhalt von Art. 11 UN-Pakt I über diesen Kern hinausgeht. Ein angemessener Lebensstandard, der i.S. dieser Bestimmung zu gewährleisten ist, beinhaltet auch die würdevolle Teilnahme am sozialen Leben. So gehören auch weitere, in Art. 11 UN-Pakt I nicht explizit genannte Bedürfnisse – wie Gesundheit, Bildung und Kultur – zum angemessenen Lebensstandard. ¹⁵⁶⁹

Die letzten Schlussbemerkungen des WSK-Ausschusses gegenüber der Schweiz verdeutlichen dies, indem sie festhalten, dass Nothilfe gem. Art. 12 BV nicht genügt, um einen angemessenen Lebensstandard zu sichern. ¹⁵⁷⁰ Gegenüber Personen, die nur Nothilfe erhalten, erfüllt die Schweiz also ihre Verpflichtung aus Art. 9 und 11 UN-Pakt I nicht umfassend – ob jedoch die *core obligations* erfüllt sind, ist nicht explizit beantwortet worden.

Nach den überzeugenden Ausführungen von LEJTEN ergibt sich aus der Analyse 645 der auf den General Comment 3 folgenden General Comments zu den spezifischen WSK-Rechten, dass alle Staaten eine Kernverpflichtung haben, ein Existenzminimum bereitzustellen. ¹⁵⁷¹ Exemplarisch lässt sich dies mit den Ausführungen im General Comment 19 zum Recht auf Soziale Sicherheit (Art. 9 UN-Pakt I) begründen:

Darin erläutert der WSK-Ausschuss, dass die Staaten gem. Art. 2 Abs. 1 UN-Pakt 646 I verpflichtet sind, progressive Massnahmen zur sozialen Sicherung der Bevölkerung zu treffen. Ein Mindestmass an Genuss dieses Rechts sei allen Personen zu ermöglichen. Zur sozialen Sicherheit gehören nicht nur die Sozialversicherungen, sondern auch ein komplementäres, nicht beitragsbasiertes, aber bedarfsabhängiges System. Dieses sichert die Personen ab, die durch das Versicherungssystem nicht adäquat gedeckt sind. ¹⁵⁷² Mit anderen Worten ist auch ein System ähnlich

¹⁵⁶⁸ WSK-Ausschuss, General Comment 3 (1990), § 10.

¹⁵⁶⁹ Ausführlich: OCHS, S. 121.

¹⁵⁷⁰ WSK-Ausschuss, Concluding Observations, Switzerland, 2019, § 38.

¹⁵⁷¹ LEJTEN, S. 195; mit Verweis auf WSK-Ausschuss, General Comment 14 (2000), § 43 b und c; General Comment 15 (2003), § 37 a; General Comment 19 (2008), § 59 a.

¹⁵⁷² WSK-Ausschuss, General Comment 19 (2008), § 4 b; vgl. zur Frage, ob Sozialhilfe Teil der Sozialen Sicherheit i.S.v. Art. 9 UN-Pakt I ist, bspw.: RIEDEL EIBE, The Human Right to Social Security: Some Challenges, in Riedel Eibe (Hrsg.), Social Security as a Human Right, Drafting a General Comment on Article 9 ICESCR – Some Challenges, Berlin/Heidelberg 2007, S. 17–28, S. 23 f.

demjenigen der schweizerischen Sozialhilfe vorzusehen. Dieses nimmt auch gem. dem UN-Pakt I eine subsidiäre Funktion ein (ausführlicher unten: N 652).¹⁵⁷³

- 647 Die Leistungen aus diesem subsidiären System haben angemessen zu sein. Die Angemessenheit ist unter Berücksichtigung der weiteren aus Art. 25 AEMR abgeleiteten Pakt-Rechte sowie der in der Präambel festgehaltenen Menschenwürde zu bestimmen. Es ist mindestens zu gewährleisten, dass die Rechte in Art. 10, 11 und 12 ausgeübt werden können – also dass der Schutz des Familienlebens, ein angemessener Lebensstandard und die Gesundheit gewahrt sind.¹⁵⁷⁴ In Anbetracht der Subsidiarität der Leistungen und des Grundsatzes, dass die Leistungen die Menschenwürde und die Ausübung weiterer Pakt-Rechte sicherstellen sollen, scheint eine staatliche Kernverpflichtung, allen Personen Sozialleistungen zu gewähren, folgerichtig. Die Leistungen sollen erlauben, Gesundheitsversorgung, Unterkunft, Wasser, Zugang zu Hygiene, Nahrung und Grundbildung sicherzustellen.¹⁵⁷⁵ Art. 9 UN-Pakt I spielt somit eine wichtige Rolle zur Gewährleistung der Menschenwürde, insbesondere in Situationen, in denen die Umstände es einer Person nicht erlauben, ihre Pakt-Rechte selber zu realisieren, und um den sozialen Ausschluss zu verhindern und die soziale Integration zu fördern.¹⁵⁷⁶

Siehe dazu auch MARLÉTAZ, der aus diesen Grundsätzen einen Harmonisierungsbedarf der kantonalen Sozialhilfegesetze ableitet.

III. Einschränkungen

- 648 Wie bereits festgehalten, sind die Kernverpflichtungen (*minimum core obligations*) nicht einschränkbar, da Verkürzungen in diesem Bereich nicht mit der Natur der Rechte vereinbar sind und solche Eingriffe durch Art. 4 UN-Pakt I verboten werden.¹⁵⁷⁷ Die Kernverpflichtungen sind sofort zu gewähren und eine Berufung

¹⁵⁷³ WSK-Ausschuss, General Comment 19 (2008), § 16; siehe auch § 50; so auch: ELEVELD, S. 453.

¹⁵⁷⁴ WSK-Ausschuss, General Comment 19 (2008), § 22.

¹⁵⁷⁵ WSK-Ausschuss, General Comment 19 (2008), § 59 a; siehe auch: EICHENHOFER, S. 153, zur Begründung der Leistungen in der Menschenwürde.

¹⁵⁷⁶ WSK-Ausschuss, *Miguel Angel Lopez Rodriguez ./.* Spanien, § 10.1.

¹⁵⁷⁷ Ausführlicher zum Verhältnis von Art. 2 und Art. 4 UN-Pakt I oben: N 520 ff.; MÜLLER A., S. 575 ff.

auf Art. 2 UN-Pakt I (progressive Verwirklichung) ist nicht möglich.¹⁵⁷⁸ Dies lässt die Kernverpflichtungen aus dem UN-Pakt I gewissermassen zum nicht einschränkbar Kern der wirtschaftlichen und sozialen Grundrechte werden, was im Wesentlichen der Konzeption von Art. 36 Abs. 4 BV entspricht.¹⁵⁷⁹

Leistungen, die progressiv umgesetzt worden sind und über den *minimal core* hinausgehen, können in Anwendung von Art. 4 UN-Pakt I eingeschränkt werden.¹⁵⁸⁰ Der WSK-Ausschuss führt aus, der Entzug, die Einstellung oder die Kürzung der Leistungen sei zulässig, falls auf angemessenen Gründen basierend, einem rechtsstaatlichen (Beschwerde-)Verfahren unterstehend und im nationalen Recht vorgesehen.¹⁵⁸¹ Es ist verboten, die Leistungen willkürlich einzuschränken.¹⁵⁸² Dementsprechend muss berücksichtigt werden, dass soziale Sicherheit eine soziale Errungenschaft ist, die nicht als wirtschafts- oder finanzpolitisches Instrument betrachtet werden soll.¹⁵⁸³ Generellen Kürzungen i.S. regressiver Massnahmen sind enge Grenzen gesetzt. Sie sind nur zulässig, wenn sie das allgemeine Wohl fördern (Art. 2 UN-Pakt I). 649

Die in diversen Kantonen laufenden gesetzgeberischen Bestrebungen zur Kürzung der Sozialhilfe haben demnach unter Art. 2 und Art. 4 UN-Pakt I gerechtfertigt zu werden, da es sich dabei um bewusst ergriffene regressiv Massnahmen handelt, die bereits gewährte Rechtspositionen einschränken.¹⁵⁸⁴ Dazu muss nachgewiesen werden, dass diese Massnahmen trotz Ausschöpfung aller möglichen Ressourcen notwendig waren *und* sie das allgemeine Wohl der demokratischen Gesellschaft fördern – also dass die allenfalls gesparten Gelder zugunsten der Allgemeinheit mit grösserem Nutzen für die Realisierung weiterer Pakt-Rechte eingesetzt werden können. Ein Rechtfertigungsversuch wird in aller Regel scheitern, zumal bereits zu bezweifeln ist, dass die notwendigen Mittel zur Gewährung der Sozialrechte tatsächlich fehlen.

Ähnlich wird auch das Recht auf Fürsorge nach Art. 13 ESC interpretiert: Es verleiht ein subjektives Recht der Einzelnen auf Fürsorge, welches vor einem unab- 650

¹⁵⁷⁸ KRADOLFER, S. 264.

¹⁵⁷⁹ MÜLLER A., S. 581.

¹⁵⁸⁰ SAUL/KINLEY/MOWBRAY, S. 652.

¹⁵⁸¹ WSK-Ausschuss, General Comment 19 (2008), § 24.

¹⁵⁸² WSK-Ausschuss, General Comment 19 (2008), § 9.

¹⁵⁸³ WSK-Ausschuss, General Comment 19 (2008), § 10.

¹⁵⁸⁴ Vgl. KÜNZLI, S. 292.

hängigen Organ geltend gemacht werden kann,¹⁵⁸⁵ und Einschränkungen sind nur insoweit möglich, als eine Mindestversorgung sichergestellt ist.¹⁵⁸⁶

- 651 Entsprechend wäre eine sanktionsweise Einstellung sämtlicher Sozialhilfeleistungen inkl. der Nothilfe i.S.v. Art. 9 UN-Pakt I unzulässig, womit sich auch in diesem Kontext die Frage stellt, ob eine Verletzung einer Verhaltenspflicht zum Verlust der Anspruchsberechtigung führen kann.

IV. Anspruchsvoraussetzungen, Bedingungen oder Auflagen

- 652 Auf das Recht auf Existenzsicherung i.S. der genannten Normen (N 639) können sich nur Personen berufen, die nicht in der Lage sind, ihre Bedürfnisse durch andere Quellen zu befriedigen.¹⁵⁸⁷ Es wird daher vor allem im Bereich der Sicherung eines angemessenen Lebensstandards resp. des Rechts auf Fürsorge erwartet, dass eine Person ihr eigenes Vermögen und/oder ihre Arbeitskraft einsetzt, um die Existenz zu sichern.¹⁵⁸⁸ Die Selbsthilfe gilt als eine mögliche Form der sozialen Sicherung,¹⁵⁸⁹ womit auch das internationale Sozialrecht den Anspruch auf staatliche Existenzsicherung grundsätzlich unter den Vorbehalt der Subsidiarität stellt.
- 653 Die Anspruchsvoraussetzungen für die Leistungen zur Existenzsicherung müssen gem. WSK-Ausschuss – wie die Voraussetzungen der Leistungseinschränkungen – angemessen, verhältnismässig und transparent sein.¹⁵⁹⁰ Bedarfsabklärungen sind selbstredend zulässig.¹⁵⁹¹ Angemessene Verfahren diesbezüglich dienen zudem der Betrugsbekämpfung und der Wahrung des öffentlichen Vertrauens in das

¹⁵⁸⁵ NUSSBERGER, S. 323; PÄRLI/IMHOF, N 108.

¹⁵⁸⁶ ECSR, Digest, S. 144; NUSSBERGER, S. 324; PÄRLI/IMHOF, N 107.

¹⁵⁸⁷ SWIATKOWSKI, S. 281.

¹⁵⁸⁸ EIDE, S. 139; ECSR, Digest, S. 144.

¹⁵⁸⁹ WSK-Ausschuss, General Comment 19 (2008), § 5.

¹⁵⁹⁰ WSK-Ausschuss, General Comment 19 (2008), § 24.

¹⁵⁹¹ TOOZE JENNIFER, The Rights to Social Security and Social Assistance: Towards an Analytical Framework, in: Baderin Mashood A./McCorquodale Robert (Hrsg.), *Economic, Social and Cultural Rights in Action*, Oxford 2007, S. 331–359, S. 349.

System.¹⁵⁹² Dabei bleibt aber zu berücksichtigen, dass diese Voraussetzungen und Abklärungsmassnahmen mit anderen Menschenrechten vereinbar sein müssen.

Entsprechend ist z.B. die Erfassung von Sozialhilfeempfänger_innen mittels Fingerabdrücken und Netzhaut-Scanning nicht zulässig, da dies einen unverhältnismässigen Eingriff in die Privatsphäre darstellt.¹⁵⁹³

Nicht zulässig sind Anspruchsvoraussetzungen, die vorwiegend auf einer Ermessensausübung der Behörden beruhen, da sie das Risiko einer rechtsungleichen Behandlung für Armutsbetroffene mit sich bringen. Die Anspruchsvoraussetzungen müssen in konkreten Kriterien festgelegt sein,¹⁵⁹⁴ die nicht so streng sind, dass viele Bedürftige gar keinen Anspruch geltend machen können.¹⁵⁹⁵ Alle Personen, die bedürftig sind, müssen Hilfeleistungen beantragen können.¹⁵⁹⁶ Des Weiteren sollte bei der Festlegung der Anspruchsvoraussetzungen sowie bei Leistungskürzungen berücksichtigt werden, welchen Einfluss sie auf besonders verletzte und benachteiligte Gruppen haben.¹⁵⁹⁷ 654

Auch der ECSR geht davon aus, dass die Staaten gem. Art. 13 ESC verpflichtet sind, Hilfe zur Verfügung zu stellen, sobald eine Person in Not resp. bedürftig ist und nicht in der Lage ist, die Ressourcen für ein menschenwürdiges Leben zu beschaffen. Es wird klar festgehalten: «*The system of assistance must be universal in the sense that benefits must be payable to <any person> on the sole ground that he/she is in need.*»¹⁵⁹⁸ Der ECSR betrachtet nur Auflagen für einen Bezug von Fürsorgeleistungen gem. Art. 13 ESC als zulässig, die das Ziel verfolgen, eine langfristige Lösung für die individuellen Probleme zu finden. Zudem muss eine Mindestsicherung sichergestellt sein und gegen allfällige Kürzungen oder Einstellungen Beschwerde geführt werden können.¹⁵⁹⁹ 655

¹⁵⁹² SAUL/KINLEY/MOWBRAY, S. 652.

¹⁵⁹³ SAUL/KINLEY/MOWBRAY, S. 652, m.H.a. MRA, Concluding Observations, Canada, 1999, A/54/40 vol. I at 50 (1999), § 238.

¹⁵⁹⁴ WSK-Ausschuss, Concluding Observations, Suriname, 1995, § 12 und 19; Hinweis bei SAUL/KINLEY/MOWBRAY, S. 653.

¹⁵⁹⁵ WSK-Ausschuss, Concluding Observations, Republic of Korea, 21.05.2001, E/C.12/1/Add.59, § 23.

¹⁵⁹⁶ WSK-Ausschuss, Concluding Observations, Suriname, 1995, § 19.

¹⁵⁹⁷ Siehe z.B. WSK-Ausschuss, Concluding Observations, Romania, 09.05.2014, E/C.12/ROU/CO/3-5, § 15; WSK-Ausschuss, Concluding Observations, Slovenia, 15.12.2014, E/C.12/SVN/CO/2, § 18.

¹⁵⁹⁸ ECSR, Digest, S. 143.

¹⁵⁹⁹ ECSR, Digest, S. 144; ELEVELD, S. 454.

Eine viel diskutierte Form von Bedingungen und Auflagen im Sozialsystem sind *conditional cash transfer-programs*, die im globalen Süden und v.a. in lateinamerikanischen Ländern zum Einsatz kommen. Dabei werden beispielsweise Geldleistungen an bedürftige Familien davon abhängig gemacht, dass die Kinder die Schule besuchen oder regelmäßige medizinische Kontrollen durchführen lassen. Häufig werden die Mütter dafür verantwortlich gemacht, dass diese Verpflichtungen eingehalten werden.¹⁶⁰⁰ Aus menschenrechtlicher Sicht werden solche Programme kritisch beurteilt, da sie geeignet sind, die Autonomie einzuschränken. Zudem sind sie mit hohem Verwaltungsaufwand verbunden, wobei ihre Wirksamkeit kaum belegt ist. Schliesslich ist zu berücksichtigen, dass die sich aus den Kernverpflichtungen ergebenden Mindestleistungen nur von der Bedürftigkeit abhängig gemacht werden dürfen und entsprechend das Nichteinhalten von Bedingungen nicht zum Ausschluss aus diesen Leistungen führen darf.¹⁶⁰¹ Zu bedenken ist jedoch, dass *conditional cash transfer-programs* eher in sozioökonomischen Kontexten eingesetzt werden, in denen ein soziales Sicherungssystem erst aufgebaut wird und es nicht um einen Abbau von sozialen Rechten geht.¹⁶⁰²

V. Konkretisierung im Zusammenhang mit sozialhilferechtlichen Beschäftigungsverhältnissen

A. Keine Arbeitsverpflichtungen als Anspruchsvoraussetzung

656 Arbeitsleistungen, die vorausgesetzt werden, um existenzsichernde Leistungen zu erhalten, wurden vom WSK-Ausschuss bisher nicht detailliert behandelt, aber dennoch als problematisch identifiziert. Erwähnenswert sind hierzu die Schlussbemerkungen betreffend Deutschland und Kanada. In Bezug auf Deutschland zeigt sich der WSK-Ausschuss erstmals 2011 besorgt über die Arbeitsverpflichtung von Sozialhilfeempfänger_innen, die zu Verletzungen von Art. 6, 7 und 9

¹⁶⁰⁰ Siehe zum Geschlechteraspekt dieser Programme z.B. JENSON JANE, Staatsbürgerschaft im Wandel. Maternalismus in der Sozialinvestitionsperspektive, in: Nadai Eva/Nollert Michael (Hrsg.), Geschlechterverhältnisse im Post-Wohlfahrtsstaat, Weinheim/Basel 2015, S. 176–212; SEPÚLVEDA, S. 38.

¹⁶⁰¹ Siehe hierzu v.a. SEPÚLVEDA S. 27 f.

¹⁶⁰² WATTS/FITZPATRICK, S. 10.

des UN-Pakts I führen kann.¹⁶⁰³ 2018 wiederholte er seine Kritik insbesondere in Bezug auf die ungenügende Leistungshöhe und die Sanktionen im sogenannten Hartz-IV-System nach dem Sozialgesetzbuch II, welche von 30 % bis zu 100 % der Grundsicherung reichen können.¹⁶⁰⁴ Vor allem aber forderte der WSK-Ausschuss Deutschland auf, Kriterien für die Zumutbarkeit einer Arbeit festzulegen, die Art. 21 Abs. 2 des ILO-Übereinkommens Nr. 168 entsprechen.¹⁶⁰⁵ In Bezug auf Kanada zeigte der WSK-Ausschuss auf, dass das Workfare-Programm, das auf junge Erwachsene ausgerichtet war, aus gleichstellungsrechtlicher Perspektive problematisch war. Die kanadischen Gerichte selber beurteilten es als diskriminierend aufgrund des (jungen) Alters und des sozialen Status.¹⁶⁰⁶

Der ECSR präzisiert, dass die Verbindung des Rechts auf Fürsorge mit Pflichten 657 zur Suche und Aufnahme von Arbeit oder einer beruflichen Bildung mit der Sozialcharta vereinbar ist, sofern die Bedingungen angemessen sind und vereinbar mit dem Ziel, eine dauerhafte Lösung für die individuellen Schwierigkeiten zu finden.¹⁶⁰⁷ ELEVELD hält fest, dass dies in einer Vielzahl von europäischen Staaten kaum der Fall sein dürfte, da arbeitsbezogene Bedingungen und Auflagen v.a. eingeführt wurden, um die Sozialhilfeabhängigkeit so unattraktiv wie möglich auszugestalten.¹⁶⁰⁸

Die Praxis des ECSR lässt ebenfalls darauf schliessen, dass der Entzug jeglicher 658 Unterstützung wegen einer nicht angenommenen Arbeitsmöglichkeit eine unzulässige Verletzung des Rechts auf Fürsorge herbeiführt.¹⁶⁰⁹ Einer von einer Kürzung, Unterbrechung oder Einstellung der Sozialhilfe betroffenen Person sollen

¹⁶⁰³ WSK-Ausschuss, Concluding Observations, Germany, 2011, § 19.

¹⁶⁰⁴ Siehe dazu nun: Bundesverfassungsgericht, 1 BvL 7/16, Urteil des Ersten Senats vom 5. November 2019, siehe auch nachfolgend, N 661.

¹⁶⁰⁵ WSK-Ausschuss, Concluding Observations, Germany, 2018, § 46/47.

¹⁶⁰⁶ WSK-Ausschuss, Concluding Observations, Canada, 10.12.1998, E/C.12/1/Add.31, § 30.

¹⁶⁰⁷ ECSR, Digest, S. 144.

¹⁶⁰⁸ ELEVELD, S. 455 f., m.H.a. PAZ-FUCHS.

¹⁶⁰⁹ Vgl. ECSR, Digest, S. 144; Hinweis auch bei ELEVELD, S. 454; PÄRLI/IMHOF, N 107. ELEVELD, S. 455, geht m.E. fälschlicherweise davon aus, dass sowohl dem WSK-Ausschuss als auch dem ECSR eine Unterschreitung des Leistungsniveaus unter die Subsistenzmittel erlaubt sei, solange die Sanktionen angemessen und vereinbar mit dem verfolgten Ziel seien. Dies ergibt sich nicht aus dem Wortlaut des ECSR, Digest, S. 144, und gerade eine Sanktion, die zur Verletzung der Subsistenzmittel führt, ist nicht angemessen.

nicht die Mittel für den Lebensunterhalt vorenthalten werden.¹⁶¹⁰ Somit ist nur ein System akzeptabel, das auch während der Zeit, in der eine Person sanktioniert wird, weil eine Stelle (in einem Beschäftigungsprogramm) nicht angetreten wurde, eine Mindestsicherung bietet.¹⁶¹¹ Auch während einer Sanktionierung soll weiterhin Zugang zu existenzsichernden Mitteln bestehen.¹⁶¹² So interessiert sich der ECSR auch für die Höhe und Dauer der Sanktionen, die in der Praxis tatsächlich verhängt werden.¹⁶¹³

- 659 Arbeitseinsätze als Voraussetzung für Sozialleistungen, die eine menschenwürdige Existenz sichern, sind nicht vorgesehen. Die Grundsätze, dass eine nicht einschränkbare Kernverpflichtung besteht, die Existenz jeder Person zu sichern, und dass es einem Industriestaat nicht gelingen wird, eine Abweichung von dieser Verpflichtung zu rechtfertigen, untermauern diese Feststellung theoretisch. Auch hier wird die Verbindung zur unveräußerlichen und nicht einschränkbar Würde des Menschen ersichtlich.¹⁶¹⁴ Gerade diese Verbindung fordert, dass bei der Ausgestaltung des Sanktionensystems und der Ausgestaltung der Anspruchsvoraussetzungen mit grösster Vorsicht vorgegangen wird.¹⁶¹⁵

B. Zusätzliche Schranken für Sanktionen

- 660 In diesem Zusammenhang werden auch weitere rechtsstaatliche Sicherungen für die Anordnung von Sanktionen im aktivierenden Sozialstaat gefordert. EICHENHOFER ist etwa der Ansicht, dass eine Sanktion, die unmittelbaren Einfluss auf die menschliche Existenz hat, nur von einem Gericht angeordnet werden soll (Richtervorbehalt). Die Verwaltungseinheit, die eine Sanktion verhängen will, hätte alle Sachverhaltselemente dem Gericht zu präsentieren und diese zu beweisen.¹⁶¹⁶ In verfahrensrechtlicher Hinsicht müsste m.E. zumindest sichergestellt sein, dass Einsprachen und

¹⁶¹⁰ ECSR, Digest, S. 144.

¹⁶¹¹ Zum Ganzen auch: ELEVELD, S. 455, m.H.a.: ECSR, Conclusions XIX-2, Luxembourg, Art. 13-1, 2010; Conclusions XX-2, Croatia, Art. 13-1, 2013.

¹⁶¹² ECSR, Conclusions XV-1, Italy, Art. 1-2, 2000.

¹⁶¹³ ECSR, Conclusions XIV-1, Italy, Art. 1-2, 1998.

¹⁶¹⁴ So auch: EICHENHOFER, S. 153 f.

¹⁶¹⁵ EICHENHOFER, S. 153.

¹⁶¹⁶ EICHENHOFER, S. 154.

Beschwerden gegen Sanktionsverfügungen die aufschiebende Wirkung nicht leichtfertig entzogen wird, damit die Beschwerdemöglichkeit effektiv ist.¹⁶¹⁷

Siehe diesbezüglich auch BGE 146 I 62, in welchem das Bundesgericht eine Änderung des SHG/ZH als verfassungskonform beurteilte. Neu kann gegen die Anordnung einer Integrationsmassnahme nicht Beschwerde geführt werden, sondern erst gegen die Kürzung der Unterstützungsleistungen infolge der Verletzung der Anordnung.¹⁶¹⁸

Weiter werden Normen gefordert, welche die arbeitsbezogenen Sanktionen mindern und so die Angemessenheit der Sanktionen sichern. Als solche mindernde Tatbestände gelten Regelungen, die den Behörden ein Entschliessungsermessen zugestehen und somit keine zwingenden Sanktionen vorsehen, oder solche, die zulassen, dass etwa «gute Gründe» für das Ablehnen eines Arbeitseinsatzes bei einer Entscheidung über eine Sanktion berücksichtigt werden. Eine weitere Minderung können (strenge) Sanktionssysteme mit Regelungen erfahren, nach denen eine Sanktion dahinfällt, sobald den auferlegten Pflichten nachgekommen wird.¹⁶¹⁹ 661

In diesem Sinne hat auch das deutsche Bundesverfassungsgericht angeregt, beim Vorliegen von «wichtigen Gründen» sollte auf eine Sanktion verzichtet werden können, insbesondere wenn diese im konkreten Fall offensichtlich ungeeignet sei, um den Mitwirkungszweck zu erreichen.¹⁶²⁰ Weiter hat es kritisiert, dass die Sanktionen nach dem Sozialgesetzbuch II für eine starre Dauer von drei Monaten vorgesehen seien, ungeachtet dessen, ob die Betroffenen ihre Mitwirkungspflicht nachträglich erfüllen. Dies könne gar den Anreiz nehmen, eine Mitwirkung nachzuholen.¹⁶²¹

¹⁶¹⁷ Für eine Beschwerdemöglichkeit auch: ECSR, Digest, S. 144; ELEVELD, S. 454; DERMINE, Limitation, S. 75.

¹⁶¹⁸ Die Beschwerdeführer_innen haben den Fall an den EGMR weitergezogen, wobei der EGMR nicht auf die Beschwerde eintrat, vgl. Mitteilung der Unabhängigen Fachstelle für Sozialhilferecht vom 28.04.2021, „Bedauern über EGMR-Entscheid“, <<https://www.sozialhilfeberatung.ch/entry/bedauern-ueber-entscheid-des-europaeischen-gerichtshofs-fuer-menschenrechte>>, besucht am 10.06.2021.

¹⁶¹⁹ Ausführlich zu diesen Mechanismen: ELEVELD, S. 456 ff.

¹⁶²⁰ Bundesverfassungsgericht, 1 BvL 7/16, Urteil des Ersten Senats vom 5. November 2019, § 176.

¹⁶²¹ Bundesverfassungsgericht, 1 BvL 7/16, Urteil des Ersten Senats vom 5. November 2019, § 177.

VI. Verletzung der EMRK?

- 662 Die EMRK gewährleistet keine sozioökonomischen Rechte.¹⁶²² Trotz der Feststellung im Urteil *Airey ./. Irland*, es gebe keine wasserdichte Trennwand zwischen den bürgerlichen und politischen Rechten der Konvention und den sozialen und wirtschaftlichen Rechten,¹⁶²³ wurden in der Folge diverse Begehren um staatliche Leistungen, auch in Situationen sozialer Not, abgelehnt. Dies beispielsweise in *Pancenko ./. Lettland*: Eine arbeitslose Frau, die ihre Miete an die Gemeinde nicht bezahlen konnte, erhielt keine medizinische Versorgung oder sonstige staatliche Unterstützung. Der Beschwerdeführerin gelang es nicht, darzulegen, inwiefern ihre aktuellen persönlichen Lebensbedingungen nicht mit Art. 3 EMRK vereinbar seien und dass diese das für eine Anwendung von Art. 3 EMRK notwendige Mass an Härte erreicht hätten.¹⁶²⁴ Ähnlich wurde 1990 die Beschwerde im Fall *Van Volsem ./. Belgien* abgewiesen: Einer geschiedenen, mittellosen und erkrankten Frau wurde von der zuständigen Sozialbehörde jede Unterstützung versagt, als ihr im Winter der Strom abgestellt wurde.¹⁶²⁵ Es besteht gem. EGMR kein Anspruch auf einen gewissen Lebensstandard¹⁶²⁶ und ob der Staat allen Menschen die Mittel zur Verfügung stelle, um eine Wohnung zu erhalten, sei eine politische und nicht eine rechtliche Frage.¹⁶²⁷
- 663 Es kann festgehalten werden, dass die EMRK zwar ein Existenzminimum gewährleistet, aber dessen Anwendungsbereich sich auf den Schutz vor individuellen, akuten und zeitlich begrenzten Härtefällen beschränkt. Es hat lediglich vor unmenschlichen Zuständen geschützt und geleistet zu werden, was zur Sicherung der Menschenwürde unerlässlich ist. So sind nur Situationen erfasst, die aus humani-

¹⁶²² FROHWERK, S. 66 f. mit zahlreichen Hinweisen auf die Rechtsprechung, insbes. Fn. 385.

¹⁶²³ EGMR, *Airey ./. Irland*, § 26.

¹⁶²⁴ Zum Ganzen: EGMR v. 28.10.1999, Appl. No. 40772/98, *Pancenko ./. Lettland*; FROHWERK, S. 115 ff.; kritisch: DRÖGE, S. 103.

¹⁶²⁵ EGMR v. 09.05.1990, Appl. No. 14641/89, *Van Volsem ./. Belgien*; FROHWERK, S. 66; siehe zur Kritik an diesem Entscheid: CASSESE ANTONIO, Can the Notion of Inhuman and Degrading Treatment be Applied to Socio-Economic Conditions, EJIL 2 141 (1991), S. 141–145.

¹⁶²⁶ EGMR v. 25.10.2005, Appl. No. 68929/01, *Kutepov Anikeyenko ./. Russland*, § 62.

¹⁶²⁷ EGMR v. 18.01.2001, Appl. No. 27238/95, *Chapman ./. UK*, § 99; FROHWERK, S. 68 mit vielen weiteren Hinweisen; siehe zu den bestehenden positiven Pflichten betreffend das Recht auf Wohnung: LEJTEN, S. 234 ff.

tären Erwägungen einer politischen Abwägung entzogen sind und «schlicht nicht hingenommen werden dürfen».¹⁶²⁸

Eine solche Situation wurde im Urteil *M.S.S. ./ Belgien und Griechenland* bejaht. 664 Die Lebensbedingungen eines afghanischen Asylsuchenden in Griechenland erlaubten es ihm nicht, seine grundlegenden Bedürfnisse – Essen, Hygiene, Unterkunft – zu befriedigen. Die Gleichgültigkeit, mit der die griechische Regierung dieser Situation begegnete, war mit der Menschenwürde nicht vereinbar. Unter Berücksichtigung der besonderen Verletzlichkeit des Beschwerdeführers als Asylbewerber sei dies eine Verletzung von Art. 3 EMRK.¹⁶²⁹

Grundsätzlich akzeptiert der EGMR, dass sich zum Schutz des Privatlebens unter Art. 8 EMRK Pflichten zur aktiven Unterstützung zur Ausübung der Konventionsrechte ergeben können. Dies dann, wenn eine direkte und unmittelbare Verbindung zwischen den geforderten Leistungen und dem Privatleben besteht. Konkret lässt sich aus Art. 8 EMRK aber bspw. keine Pflicht zur Leistung einer Entschädigung für Elternzeit ableiten.¹⁶³⁰ Jedoch kann der Staat mit der Gewährung solcher Leistungen seinen Respekt für das Familienleben zum Ausdruck bringen, weshalb die Leistung in den Anwendungsbereich von Art. 8 EMRK fällt und somit insbesondere auch i.S.v. Art. 14 EMRK nicht diskriminierend angewendet werden darf.¹⁶³¹ Dies gilt auch für die Leistungen nach dem schweizerischen IVG: Die Berechnungsmethode kann einen Einfluss auf das Familienleben haben und darf daher nicht diskriminierend sein.¹⁶³² Ein Anspruch auf ein weitergehendes Existenzminimum als das oben beschriebene lässt sich daraus allerdings nicht ableiten.

Bei dieser Ausgangslage wird der EGMR kaum davon ausgehen, dass eine Person, 665 die sozialhilferechtlich unterstützt wurde und deren weitere Unterstützung an die Voraussetzung, an einem Beschäftigungsprogramm teilzunehmen, gebunden wird,

¹⁶²⁸ FROHWERK, S. 192; im Ergebnis ähnlich: LEIJTEN, S. 290; DRÖGE, S. 104: «Klar ist zumindest, dass der Gerichtshof bei sozialen Mindeststandards grundsätzlich eine grosse Zurückhaltung ausübt.»

¹⁶²⁹ EGMR v. 21.01.2011, Appl. No. 30696/09, *M.S.S. ./ Belgien und Griechenland*; siehe zur weiteren Rechtsprechung und zu den Hürden in Bezug auf ein Recht auf soziale Sicherheit auch: LEIJTEN, S. 269 ff.

¹⁶³⁰ EGMR v. 27.03.1998, Appl. No. 20458/92, *Petrovic ./ Österreich*, § 26.

¹⁶³¹ EGMR, *Petrovic ./ Österreich*, § 29; siehe zum Ganzen auch LEIJTEN, S. 271; auch ergibt sich aus Art. 8 EMRK kein Anspruch auf angemessene Vorkehrungen, um den behindertengerechten Zugang zu Gebäuden sicherzustellen, siehe EGMR v. 14.05.2002, Appl. No. 38621/97, *Zehnalova und Zehnal ./ Tschechien*; EGMR v. 24.02.1997, Appl. No. 21439/93, *Botta ./ Italien*, § 35; siehe auch: LAVRYSEN, S. 108 f.

¹⁶³² EGMR v. 02.02.2016, Appl. No. 7186/09, *Di Trizio ./ Schweiz*, § 61 ff.

sich in einer Situation befindet, die nicht mit Art. 3 EMRK vereinbar ist. Insbesondere kann schlecht behauptet werden, dass den Sozialhilfeempfänger_innen in dieser Situation von offizieller Seite Gleichgültigkeit entgegenschlägt. Vielmehr würde der EGMR wohl argumentieren, es präsentiere sich hier nicht eine Situation, die sich einer politischen Abwägung entziehe. Allenfalls könnte sich diese Einschätzung ändern, wenn zusätzliche Faktoren hinzutreten, welche die Verletzlichkeit der betroffenen Person erhöhen und ihre Situation verschlimmern. Wie Kapitel 9 zum Verbot der Zwangsarbeit zeigen wird, kann die EMRK dennoch fruchtbar gemacht werden, um den Arbeitsverpflichtungen von Sozialhilfeempfänger_innen Grenzen zu setzen. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass eine konsequente integrative Auslegung von Art. 3 EMRK insbesondere unter Berücksichtigung der Kernverpflichtungen des UN-Pakts I und des Rechts auf Fürsorge gem. Art. 13 ESC durchaus eine weiterreichende Interpretation dessen, was menschenunwürdig ist und was an staatlicher Unterstützung (mindestens) geboten ist, zulassen würde. Bisher lässt sich der Rechtsprechung jedoch, soweit ersichtlich, keine dahingehende Entwicklung entnehmen.

VII. Zusammenhang mit anderen Rechten

- 666 Das Recht auf soziale Sicherheit spielt nach Ansicht des WSK-Ausschusses eine wichtige Rolle zur Realisierung weiterer im UN-Pakt I enthaltener Rechte. Aber es werden auch weitere Massnahmen gefordert, um das Recht auf Soziale Sicherheit zu ergänzen: So sind beispielsweise in Übereinstimmung zum Recht auf Arbeit gem. Art. 6 UN-Pakt I Massnahmen zur Wiedereingliederung von Personen mit Behinderungen gefordert und in Zusammenhang mit Art. 11 UN-Pakt I Massnahmen zur Bekämpfung von Armut und sozialem Ausschluss, wozu auch unterstützende Sozialdienste notwendig sind.¹⁶³³
- 667 Dies unterstreicht, dass Arbeitsintegrationsmassnahmen die Vorgaben, die sich aus Art. 6 und 7 UN-Pakt I und seinen Teilaspekten ergeben, zu berücksichtigen haben. Dies gilt, auch wenn entgegen der hier vertretenen Ansicht davon ausgegangen wird, dass sich der Staat mit einem Arbeitsangebot von der Pflicht, Sozialleistungen zu erbringen, «befreien» kann. Welcher Qualität diese Arbeit zu entsprechen hat, ist auch in diesem Fall unter Berücksichtigung der staatlichen

¹⁶³³ WSK-Ausschuss, General Comment 19 (2005), § 27.

Verpflichtungen aus Art. 6 und 7 UN-Pakt I zu bestimmen. Darauf wird in den folgenden Kapiteln eingegangen.

VIII. Zwischenfazit und Beurteilung der Praxis

Insgesamt ergibt sich aus der Analyse, dass bei vorliegender Bedürftigkeit das *Nichterfüllen von arbeitsbezogenen Verpflichtungen nicht zum Entzug jeglicher Leistungen führen darf* und ein *Mindestmass* an Leistungen, welches das Überleben sichert, zu gewähren ist. Denn es besteht eine dahingehende Kernverpflichtung, die nicht einschränkbar ist. Die Leistungen sind zwar subsidiär, aber eine Auslegung, die den Verlust der Anspruchsberechtigung vorsieht, wenn nicht an einem Beschäftigungsprogramm teilgenommen wird, scheint nicht mit der internationalen Praxis vereinbar. Im Sinne des UN-Pakts I ist also die *Teilnahme an einem Beschäftigungsprogramm als Aspekt der Pflichtenebene des sozialhilferechtlichen Subsidiaritätsprinzips* zu sehen und nicht der Anspruchsebene zuzuschreiben.¹⁶³⁴ Dies muss in der Schweiz bei der Rechtsanwendung, insbesondere durch die Gerichte, im Sinne einer *völkerrechtskonformen Auslegung* des Subsidiaritätsprinzips gem. Art. 12 BV berücksichtigt werden. Die jetzige Auslegung scheint nicht mit den internationalen Verpflichtungen der Schweiz vereinbar. Eine Verletzung von Art. 3 und 8 EMRK ist jedoch nach der aktuellen Rechtsprechung des EGMR zu verneinen.

Des Weiteren ergeben sich zusätzliche Punkte, in denen die aktuelle Praxis nicht den Anforderungen des internationalen Rechts entspricht. So wird gefordert, dass die *Anspruchsvoraussetzungen konkret in gesetzlichen Grundlagen festgehalten werden und nicht von Ermessensentscheiden abhängig gemacht werden*. Wie oben aufgezeigt, ist in den kantonalen Gesetzen kaum klar festgehalten, welches Verhalten zur Einstellung der Sozialhilfe resp. zum Verlust der Anspruchsberechtigung zum Bezug von Nothilfe führt.¹⁶³⁵ Zudem wurde in N 286 aufgezeigt, dass die heutige vage Umschreibung des Subsidiaritätsprinzips in Zusammenhang mit Beschäftigungsprogrammen zur Einführung weiterer – unbestimmter – Anspruchsvoraussetzungen führt (z.B. Tatbeweis erbringen, Gesundheitszustand). Die Entscheidung, ob eine Sozialhilfeempfänger_in an einem Beschäftigungsprogramm teilnimmt und wie dieses ausgestaltet wird – was wiederum die Anspruchsberechtigung beeinflusst –,

¹⁶³⁴ Siehe zu dieser Unterscheidung: N 180 ff.

¹⁶³⁵ Siehe N 276 ff.

liegt bei den Sozialarbeiter_innen und beruht auf deren Ermessensausübung. Das ist aus der Perspektive der *Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung* problematisch. Es wird eine weitere Segregation der Sozialhilfeempfänger_innen in verschiedene Gruppen in Kauf genommen.¹⁶³⁶ Gerade die Feststellung (siehe N 81), dass deutlich mehr Schweizer Männer als ausländische Frauen in Beschäftigungsprogrammen eingesetzt werden, führt zur Frage, ob die rechtsgleiche Behandlung gewährleistet ist oder ob es sich nicht gar um eine diskriminierende Praxis handelt.¹⁶³⁷ Besonders problematisch ist, dass das Nichtbefolgen einer Weisung zur Teilnahme an einem entlohnten Programm durch ein Familienmitglied die *Anspruchsberechtigung der ganzen Familie dahinfallen lässt* (siehe N 295). Die nicht zur Teilnahme am Programm aufgeforderten Mitglieder der Unterstützungseinheit haben diesfalls gar keine Möglichkeit, ihren Anspruch auf Existenzsicherung zu wahren, und sie werden so bestraft für Verfehlungen anderer, was unhaltbar ist. Es wird dadurch nicht gewährleistet, dass jede bedürftige Person in einem transparenten Verfahren einen Anspruch auf Unterstützung geltend machen kann. Zudem soll mit einem Einsatz in einem Beschäftigungsprogramm eine *dauerhafte Lösung* für die individuellen Probleme angestrebt werden. Dies ist z.B. bei den Abklärungsplätzen (N 330 ff.), welche eine auf maximal drei Monate befristete Stelle bieten und kein Integrationsziel verfolgen, nicht gegeben.

- 670 Alle Bedürftigen sollten Anspruch auf Unterstützungen haben. Im Sinne der Präambel des UN-Pakts I, wonach «das Ideal vom freien Menschen, der frei von Furcht und Not lebt, nur verwirklicht werden kann, wenn Verhältnisse geschaffen werden, in denen jeder seine wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte ebenso wie seine bürgerlichen und politischen Rechte geniessen kann», ist der Ausschluss aus der Anspruchsberechtigung von Personen, die eine falsche Geisteshaltung haben, nicht zu rechtfertigen. Anspruchsvoraussetzungen sollten *nicht übermässig in andere Menschenrechte eingreifen*. Diese Aspekte werden in Kapitel 13 vertieft. Schliesslich zeigen jüngere Schlussbemerkungen des WSK-Ausschusses, dass die Zumutbarkeit einer Arbeit im sozialhilferechtlichen Kontext sich an der ILO-Konvention Nr. 168 orientieren soll. Diese Forderung wird auch im Zusammenhang mit anderen Rechten, insbesondere dem Recht auf freie Berufswahl (Kapitel 10), laut. Das Kapitel 14 widmet sich vertieft der Frage, ob eine Übertragung dieser Kriterien gerechtfertigt ist.

¹⁶³⁶ Vgl. TECKLENBURG, Integrationsmassnahmen, S. 92, in Bezug auf Anreizsysteme im Allgemeinen, die in Kauf nehmen, dass zwei Gruppen von Sozialhilfebezüger_innen entstehen.

¹⁶³⁷ Vgl. bereits: PÄRLI, Auswirkungen, S. 108.

Kapitel 8 Recht auf Arbeit

I. Einleitung und Quellen

Das Recht auf Arbeit nimmt in der aktivierenden Sozialpolitik eine besonders kontroverse Stellung ein: Es wird von den Befürworter_innen von Arbeits- und Beschäftigungsprogrammen als Rechtfertigung für deren Existenz herangezogen, während Kritiker_innen betonen, das Recht auf Arbeit setze den Beschäftigungsprogrammen gerade auch Grenzen.¹⁶³⁸ 671

Als Menschenrecht ist das Recht auf Arbeit auf internationaler Ebene mehrfach verankert: So hält die AEMR in Art. 23 Ziff. 1 fest: «Jeder hat das Recht auf Arbeit, auf freie Berufswahl, auf gerechte und befriedigende Arbeitsbedingungen sowie auf Schutz vor Arbeitslosigkeit.» Art. 6 UN-Pakt I kodifiziert ein gegenüber Art. 23 Ziff. 1 AEMR spezifischeres Recht auf Arbeit.¹⁶³⁹ Gruppenspezifisch vertieft wird das Recht auf Arbeit in der Frauenrechtskonvention (Art. 11 Abs. 1 lit. a CEDAW), der Behindertenrechtskonvention (Art. 27 Abs. 1 lit. a BRK),¹⁶⁴⁰ der Rassendiskriminierungskonvention (Art. 5 lit. e Ziff. 1 RDK) und der Kinderrechtskonvention (Art. 32 KRK). 672

Das Verbot der Zwangsarbeit und das Recht auf freie Berufswahl sind Teilaspekte des Rechts auf Arbeit gem. Art. 6 UN-Pakt I.¹⁶⁴¹ Ein enger Zusammenhang besteht zum Recht auf günstige und gerechte Arbeitsbedingungen gem. Art. 7 UN-Pakt I¹⁶⁴² und zu den kollektiven Arbeiter_innen-Rechten gem. Art. 8 UN-Pakt I.¹⁶⁴³ 673

¹⁶³⁸ Siehe: DERMINE, justification, S. 49.

¹⁶³⁹ BUENO, S. 466.

¹⁶⁴⁰ Siehe dazu Kapitel 12, N 923 ff.

¹⁶⁴¹ O'CINNEIDE, S. 104; siehe dazu Kapitel 9 sowie Kapitel 10.

¹⁶⁴² WSK-Ausschuss, General Comment 18 (2005), § 12; SAUL/KINLEY/MOWBRAY, S. 273; O'CINNEIDE, S. 105; siehe dazu Kapitel 11.

¹⁶⁴³ WSK-Ausschuss, General Comment 18 (2005), § 12; SAUL/KINLEY/MOWBRAY, S. 273.

- 674 Die ILO insgesamt und diverse ILO-Konventionen im Besonderen stehen im Dienste des Rechts auf Arbeit. In die nachfolgenden Ausführungen wird v.a. das ILO-Übereinkommen Nr. 122 über Beschäftigungspolitik einbezogen. Es verfolgt das Ziel, produktive Vollbeschäftigung zu garantieren.¹⁶⁴⁴
- 675 Einige Elemente eines Rechts auf Arbeit können im Zusammenhang mit Art. 8 EMRK ausgemacht werden.¹⁶⁴⁵ Art. 8 EMRK kann im Sinne der integrativen Auslegung der EMRK auch eine Eintrittstüre für das in Art. 1 ESC festgeschriebene Recht auf Arbeit sein.¹⁶⁴⁶
- 676 Die BV enthält kein explizites Recht auf Arbeit. Im Sozialziel gem. Art. 41 Abs. 1 lit. d BV, wonach Erwerbsfähige ihren Lebensunterhalt durch Arbeit zu angemessenen Bedingungen bestreiten, klingen Teilaspekte des Rechts auf Arbeit an. Hinzu kommt das Recht auf freie Berufswahl gem. Art. 27 Abs. 2 BV.¹⁶⁴⁷
- 677 Im Kontext der Beschäftigungsprogramme für Sozialhilfebezügler_innen bedürfen folgende Aspekte einer eingehenderen Klärung: Welche Arbeit wird menschenrechtlich geschützt (II)? Was sind die staatlichen Verpflichtungen, die sich aus dem Recht auf Arbeit ergeben (III)? Ergibt sich aus dem Recht auf Arbeit auch eine Pflicht zur Arbeit, die als Begründung für sozialhilferechtliche Beschäftigungsprogramme dienen kann (IV)? Oder sind Beschäftigungsprogramme gar eine Möglichkeit, um das Recht auf Arbeit für alle zu realisieren (V)? In einem zusammenfassenden Fazit folgt die Beurteilung der schweizerischen Praxis. Ausgangspunkt der Analyse ist Art. 6 UN-Pakt I; punktuell erfolgt eine Ergänzung durch die anderen erwähnten Quellen.

¹⁶⁴⁴ O'CONNOR, S. 99; für einen Kurzüberblick über das Verhältnis zwischen den arbeitsbezogenen Rechten des UN-Pakts I und den ILO-Standards: siehe SAUL/KINLEY/MOWBRAY, S. 275 ff.

¹⁶⁴⁵ Siehe O'CONNELL für die individuelle Dimension des Rechts auf Arbeit und PÄRLI, EMRK, für einen gesamthaften Überblick.

¹⁶⁴⁶ Der WSK-Ausschuss und der ECSR interpretieren das Recht auf Arbeit im UN-Pakt I resp. in Art. 1 ESC weitgehend übereinstimmend; O'CONNOR, S. 102; DEAKIN, S. 152; zur integrativen Auslegung N 493 ff.

¹⁶⁴⁷ Die KV/JU sieht in Art. 19 ein Recht auf Arbeit vor und ebenso die KV/BL in § 17. Auf diese Bestimmungen wird nicht weiter eingegangen.

II. Der Arbeitsbegriff

A. Funktion und Bedeutung von Arbeit

Arbeit ist einerseits das zentrale Instrument zur Existenzsicherung¹⁶⁴⁸ und andererseits wird ihr eine überaus wichtige Funktion zur gesellschaftlichen Integration, Sinnstiftung und Anerkennung zugeschrieben.¹⁶⁴⁹ Da Arbeit eine notwendige Voraussetzung ist, um andere Menschenrechte zu realisieren bzw. Zugang zu ihnen zu erhalten, wird das Recht auf Arbeit vom WSK-Ausschuss auch als inhärenter und unteilbarer Aspekt der Menschenwürde beschrieben. Eine frei gewählte Arbeit verschaffe Anerkennung in der Gemeinschaft.¹⁶⁵⁰ 678

Selbständigkeit und Selbstwert werden durch das Gefühl, etwas zum gesellschaftlichen Wohl beizutragen, gefördert.¹⁶⁵¹ Der EGMR hält fest, die Möglichkeit, einer Erwerbstätigkeit nachzugehen, stelle auch eine Chance dar, Beziehungen zu anderen aufzubauen und einen Lebensunterhalt zu verdienen, um das Privatleben nach den eigenen Vorstellungen gestalten zu können. Aufgrund dieser starken Verknüpfung der existenzsichernden mit der sozialen Funktion von Arbeit kann das Ergreifen eines Berufes in den Schutzbereich des Privatlebens gem. Art. 8 EMRK fallen.¹⁶⁵² 679

In dieser Definition von Arbeit als derart zentralem Wert in der Gesellschaft und für das Individuum liegt die Gefahr, dass alternative Lebensformen keinerlei Wertschätzung erfahren und ein Leben ohne Arbeit nicht als sinnstiftend gilt oder gar an sich als entwürdigend beurteilt wird.¹⁶⁵³ Dieser Überbetonung der Relevanz von Arbeit ist auch mit Verweis auf die obigen Ausführungen betreffend die «Tyrannei der Würde» kritisch zu begegnen (siehe N 623).

¹⁶⁴⁸ Siehe ausführlich Kapitel 1.

¹⁶⁴⁹ Statt vieler: PÄRLI, Recht auf Arbeit, S. 135.

¹⁶⁵⁰ WSK-Ausschuss, General Comment 18 (2005), § 1; SSENIONJO, N 8.02.

¹⁶⁵¹ SAUL/KINLEY/MOWBRAY, S. 272; siehe auch oben: N 629 ff.

¹⁶⁵² EGMR, *Sidabras und Dziautas ./. Litauen*, § 48; BGE 138 I 246, E. 3.2.1; O'CONNELL, S. 178.

¹⁶⁵³ PÄRLI, Recht auf Arbeit, S. 135.

B. Bezahlte Arbeit

- 680 Trotz der Erkenntnis, dass Arbeit nicht nur zur Existenzsicherung essentiell ist, wird nur bezahlte Arbeit vom Recht auf Arbeit erfasst. Dies ergibt sich bereits aus der Formulierung von Art. 6 Abs. 1 UN-Pakt I, wonach das Recht auf Arbeit die Möglichkeit der Einzelnen umfasst, ihren Lebensunterhalt durch (frei gewählte oder angenommene) Arbeit zu verdienen. Darunter fallen jedoch sowohl selbständige als auch unselbständige Arbeiten.¹⁶⁵⁴
- 681 Die Beschränkung auf bezahlte Arbeit kann zu Schutzlücken führen.¹⁶⁵⁵ Dies trifft in besonderem Masse auf Familienarbeit zu, die sozial gewünscht und notwendig ist, aber nicht als Arbeit i.S. des Rechts auf Arbeit geschützt wird.¹⁶⁵⁶ Auch freiwillige Arbeit ist nicht vom Recht auf Arbeit erfasst. Dies, obwohl denjenigen, die sie ausführen, das Gefühl von Wertschätzung und Autonomie, welches mit Arbeit verbunden ist, vermittelt werden kann. Eine solche Arbeit kann zur sozialen Integration beitragen und für die Gesellschaft äusserst relevant sein. Im Zusammenhang mit der aktivierenden Sozialhilfe hat diese Klassifizierung von Arbeit konkrete Auswirkungen: Wird eine breitere Konzeption von Arbeit vertreten, müsste die Familienarbeit und freiwillige Arbeit als Arbeitsleistung anerkannt werden, was zu herabgesetzten Anforderungen an die (Re-)Integration in den Markt der bezahlten Arbeit führen müsste.¹⁶⁵⁷ Der Trend in der Schweiz scheint in eine entgegengesetzte Richtung zu gehen: Beispielsweise Nachbarschaftsdienste berechtigen zu keiner Integrationszulage mehr¹⁶⁵⁸ und bei (alleinerziehenden) Eltern mit kleinen Kindern werden auf die bezahlte Arbeit ausgerichtete Tätigkeiten erwartet.¹⁶⁵⁹

C. Menschenwürdige Arbeit (*decent work*)

- 682 Der WSK-Ausschuss hält fest, dass Arbeit gem. Art. 6 UN-Pakt I *decent work* (nachfolgend auch: würdige oder menschenwürdige Arbeit) ist. *Decent work* zeichnet sich dadurch aus, dass die Grundrechte, genauso wie grundlegende Ar-

¹⁶⁵⁴ WSK-Ausschuss, General Comment 18 (2005), § 6.

¹⁶⁵⁵ SAUL/KINLEY/MOWBRAY, S. 281.

¹⁶⁵⁶ MUNDLAK, S. 351 ff.

¹⁶⁵⁷ ZATZ, S. 422 f.

¹⁶⁵⁸ Vgl. SKOS-RL, Ausgabe 12/14 von 2015, A. 4.3, und SKOS-RL, A 4.3 unter «Leistung und Gegenleistung».

¹⁶⁵⁹ Siehe N 85, N 351 und N 403.

beiter_innenschutzrechte betreffend Arbeitssicherheit und Entschädigung, respektiert werden.¹⁶⁶⁰ Es soll den Arbeiter_innen durch die frei gewählte Aufnahme einer solchen Arbeit erlaubt werden, ein Einkommen zu erzielen, das ihnen erlaubt, ihre Existenz und diejenige ihrer Familie zu sichern.¹⁶⁶¹ Weiter wird das Konzept «würdige Arbeit» vom WSK-Ausschuss nicht erläutert.

Der WSK-Ausschuss unterlässt es auch, auf das von der ILO verwendete *decent work*-Konzept hinzuweisen.¹⁶⁶² Die *decent work*-Agenda ist eine Weiterentwicklung der Kernarbeitsnormen, die aus der «Erklärung der internationalen Arbeitsorganisation über grundlegende Prinzipien und Rechte bei der Arbeit»¹⁶⁶³ hervorgingen. Die vier Kernarbeitsnormen umfassen die Vereinigungsfreiheit sowie das Recht auf Kollektivverhandlungen, das Verbot der Zwangsarbeit, das Verbot der Kinderarbeit und das Verbot von Diskriminierungen in Beschäftigung und Beruf.¹⁶⁶⁴ Sie stellen gleichzeitig die erste von vier Dimensionen der *decent work*-Agenda dar. Die drei weiteren sind:

- Beschäftigungsmöglichkeiten, die ein ausreichendes Einkommen generieren
- Soziale Sicherheit für alle
- Sozialer Dialog zwischen den Sozialpartner_innen¹⁶⁶⁵

Es geht insgesamt um die Förderung der gleichberechtigten Möglichkeiten, würdige und produktive Arbeit unter den Bedingungen von Freiheit, Gleichheit, Sicherheit und Menschenwürde zu erhalten.¹⁶⁶⁶

¹⁶⁶⁰ WSK-Ausschuss, General Comment 18 (2005), § 6.

¹⁶⁶¹ WSK-Ausschuss, General Comment 18 (2005), § 7; dieser letzte Aspekt wird wiederum von Art. 7 UN-Pakt I geregelt.

¹⁶⁶² Siehe die ausführliche Einführung des Konzepts: ILO, Decent Work, Report of the Director-General, 87th session, Genf 1999, und Kommentar von SEN AMARTYA, Work and Rights, International Labour Review, Vol. 139 (2000), No. 2, S. 119–128.

¹⁶⁶³ Angenommen von der Internationalen Arbeitskonferenz auf ihrer 86. Tagung, Genf, 18. Juni 1998; die Kernarbeitsnormen sollen für alle ILO-Mitgliedstaaten verbindlich sein, unabhängig davon, ob das jeweilige Instrument vom jeweiligen Staat ratifiziert wurde, siehe Art. 2 der Erklärung sowie DUNAND/DREYER, S. 212; DEMIR, N 61. 2015 wurde das *decent work*-Konzept in die UN-Agenda 2030 für nachhaltige Entwicklung integriert, vgl. Ziel 8, Resolution der UN-Generalversammlung v. 25.09.2015, A/Res/70/1.

¹⁶⁶⁴ Siehe auch: BELSER, S. 434.

¹⁶⁶⁵ Statt vieler: DEMIR, N 64.

¹⁶⁶⁶ ILO, Decent Work, Report of the Director-General, 87th session, Genf 1999, S. 3.

- 684 Es scheint zwar naheliegend, dass der WSK-Ausschuss menschenwürdige Arbeit in diesem Sinne versteht, da damit die wesentlichen Elemente der vom Ausschuss gewählten Umschreibung verdeutlicht werden. Es werden aber durch die vier Kernarbeitsnormen nicht alle Aspekte angesprochen, die zu würdigen Arbeitsbedingungen gehören. So sind etwa die Sicherheit am Arbeitsplatz und eine angemessene Beschränkung der Arbeitszeit in der ILO *decent work*-Strategie nicht angesprochen. Im Rahmen von Art. 6 UN-Pakt I hat würdige Arbeit jedoch in einer Perspektive für die gegenseitige Abhängigkeit der Menschenrechte (noch) umfassender interpretiert zu werden.¹⁶⁶⁷ So betont der WSK-Ausschuss die Interdependenz des Rechts auf Arbeit, des Rechts auf günstige und gerechte Arbeitsbedingungen (Art. 7 UN-Pakt I) und der kollektiven Arbeitsrechte (Art. 8 UN-Pakt I).¹⁶⁶⁸
- 685 Mit einer Bezugnahme auf menschenwürdige Arbeit wird ein Kompromiss geschaffen zwischen zwei extremen Positionen in Bezug auf Arbeit. Nach der ersten Position ist jede Arbeit besser als keine Arbeit, ungeachtet der Frage, welche Funktion sie in Bezug auf die soziale Integration und die wirtschaftliche Eigenständigkeit der Arbeitenden erfüllt. Auf der anderen Seite wäre die Position zu finden, dass in einer kapitalistischen Marktwirtschaft jede Arbeit ausbeuterisch ist und somit nicht menschenwürdig sein kann.¹⁶⁶⁹
- 686 Auch das ILO-Übereinkommen Nr. 122 kann nicht ohne Bezugnahme auf den Begriff der menschenwürdigen Arbeit u.a. als frei gewählte und produktive Beschäftigung verstanden werden. Die aktive Beschäftigungspolitik, die im Rahmen dieses Abkommens betrieben werden muss, hat auf die Schaffung von solchen Beschäftigungsmöglichkeiten abzielen.

¹⁶⁶⁷ MACNAUGHTON/FREY, S. 466; für eine Beschränkung der Arbeitszeit bei «anständiger» Arbeit: PÄRLI, Recht auf Arbeit, S. 139.

¹⁶⁶⁸ WSK-Ausschuss, General Comment 18 (2005), § 8.

¹⁶⁶⁹ MUNDLAK, S. 347.

III. Teilgehalte und Verpflichtungen

A. Allgemeines

Da ganz unterschiedliche Massnahmen einen Effekt auf den Arbeitsmarkt und die vorherrschenden Arbeitsbedingungen haben können, ist es nicht ohne Schwierigkeiten, die staatlichen Verpflichtungen aus dem Recht auf Arbeit zu bestimmen.¹⁶⁷⁰ So wird in der (internationalen) Literatur intensiv über den normativen Gehalt dieses Rechts debattiert.¹⁶⁷¹ Der WSK-Ausschuss hält fest, dass sich aus dem Recht auf Arbeit auch spezifische Unterlassungspflichten (*respect*), Schutzpflichten (*protect*) und Gewährleistungspflichten (*fulfil*) der Staaten ergäben und dass in Art. 6 UN-Pakt I nicht nur ein philosophisches Prinzip festgehalten werde.¹⁶⁷²

Unter anderem besteht eine wichtige Unterlassungspflicht in Form des Verbots von Zwangsarbeit, womit auch das Recht auf frei gewählte Beschäftigung verbunden ist.¹⁶⁷³ Diverse Aspekte des Rechts auf Arbeit werden durch diese Normen konkretisiert, so etwa die (Kern-)Verpflichtung der Staaten, einen Schutz vor Diskriminierungen sowie die Gleichbehandlung beim Zugang zu Arbeit sicherzustellen (siehe auch: N 797 ff.).

B. Freiheit, aber kein Recht auf einen (bestimmten) Arbeitsplatz

Das Recht auf Arbeit umfasst ein individuelles Recht der Einzelnen, eine Arbeitsstelle anzutreten, die sie selbst finden.¹⁶⁷⁴ Den Staat trifft die Unterlassungspflicht, keine Massnahmen zu ergreifen, die diese individuelle Freiheit beschneiden (*obligation to respect*). Diese Dimension verbietet es z.B., einem Menschen oder einer

¹⁶⁷⁰ O'CONNOR, S. 101; FREEDLAND/KOUNTOURIS, S. 127 f.

¹⁶⁷¹ Siehe etwa die Beiträge in MANTOUVALOU VIRGINIA (Hrsg.), *The Right to Work: Legal and Philosophical Perspectives*, Oxford/Portland 2015; BUENO; DERMINE; DRZEWICKI; MUNDLAK; ELSTER JON, *Is There (or Should There Be) a Right to Work?*, in: Gutmann Amy (Hrsg.), *Democracy and the welfare State*, Princeton 1988, S. 53–78; PÄRLI, *Recht auf Arbeit*.

¹⁶⁷² WSK-Ausschuss, General Comment 18 (2005), § 2.

¹⁶⁷³ WSK-Ausschuss, General Comment 18 (2005), § 9 und 23.

¹⁶⁷⁴ DE SCHUTTER, S. 152.

Gruppe gegenüber ein allgemeines Arbeitsverbot zu verhängen.¹⁶⁷⁵ Zudem dürfen Individuen in keiner Weise (*«not in any way whatsoever»*) gezwungen werden, eine Arbeitsstelle anzutreten.¹⁶⁷⁶ Im Sinne einer *obligation to protect* ist beispielsweise ein Schutz vor missbräuchlichen Kündigungen im Arbeitsverhältnis unter Privaten vorausgesetzt,¹⁶⁷⁷ womit vor einem willkürlichen Entzug der Lebensgrundlagen geschützt werden soll.¹⁶⁷⁸

690 Das Recht auf Arbeit verpflichtet den Staat nicht, jeder Person unmittelbar einen Arbeitsplatz zur Verfügung zu stellen. Es wird kein absolutes und unbedingtes Recht auf eine Anstellung garantiert.¹⁶⁷⁹ Auch besteht kein Recht auf einen bestimmten Arbeitsplatz. Daraus ergibt sich, dass kein unmittelbarer Individualanspruch auf Arbeit aus dem Recht auf Arbeit abgeleitet werden kann.¹⁶⁸⁰ Hingegen entsteht eine staatliche Pflicht, Massnahmen zu ergreifen, um den Zugang zur Arbeit zu erleichtern. Dies auch mittels Berufsbildung (*obligation to fulfil (facilitate)*).¹⁶⁸¹

691 Auch aus der BV ergibt sich kein Grundrecht auf Arbeit im Sinne eines subjektiven, gerichtlich durchsetzbaren Anspruchs auf eine (bestimmte) Arbeitsstelle.¹⁶⁸² Jedoch kann der bundesgerichtlichen Rechtsprechung entnommen werden, dass sich aus Art. 8 EMRK ein (justiziabler) Anspruch auf die Möglichkeit, zu arbeiten, ergibt. So wurde in BGE 138 I 246 erwogen, dass das Arbeitsverbot für abgewiesene Asylbewerber gem. Art. 43 Abs. 2 AsylG unter bestimmten Umständen Art. 8 EMRK verletzt. Das durch Art. 8 EMRK geschützte Recht auf freie Gestaltung der Lebensführung umfasst – so das BGer – die Möglichkeit, einer Erwerbstätigkeit nachzugehen, und somit die Chance, Beziehungen zu anderen aufzubauen, seinen Lebensunterhalt zu verdienen und das Privatleben nach den eigenen Vorstellungen zu gestalten.¹⁶⁸³ Bei langjähriger Anwesenheit (*in casu*: 13 resp. 15 Jahre im Zeitpunkt des Entscheids) und somit lange andauernder Deckung der Existenz lediglich durch die Nothilfe erreiche die Einschränkung des Privatlebens durch das

¹⁶⁷⁵ ZÜND, S. 1354.

¹⁶⁷⁶ WSK-Ausschuss, General Comment 18 (2005), § 6.

¹⁶⁷⁷ WSK-Ausschuss, General Comment 18 (2005), § 35.

¹⁶⁷⁸ O'CONNELL, S. 180.

¹⁶⁷⁹ WSK-Ausschuss, General Comment 18 (2005), § 6.

¹⁶⁸⁰ DEMIR, N 329; O'CONNELL, S. 180.

¹⁶⁸¹ WSK-Ausschuss, General Comment 18 (2005), § 27.

¹⁶⁸² RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, N 3302b.

¹⁶⁸³ BGE 138 I 246, E. 3.2.1; siehe auch: PÄRLI, Recht auf Arbeit, S. 120; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, N 3302b.

Arbeitsverbot ein Mass, welches geeignet sei, das Arbeitsverbot in Frage zu stellen. Bleibe der Vollzug der Wegweisung (weiterhin) ohne Erfolg, müsse gestützt auf Art. 8 EMRK eine Möglichkeit eingeräumt werden, um den Lebensunterhalt in der Schweiz verdienen zu können.¹⁶⁸⁴

Mit diesem Entscheid wurde die abwehrrechtliche (justiziable) Komponente des Rechts auf Arbeit gem. Art. 6 UN-Pakt I respektiert.¹⁶⁸⁵ Des Weiteren ist der Entscheid bemerkenswert, da anerkannt wird, dass die Leistungen der Nothilfe bei länger währender Unterstützung keine freie Gestaltung der Lebensführung zulassen.

C. Produktive Vollbeschäftigung und aktive Arbeitsmarktpolitik

Als Teil der Pflicht, das Recht auf Arbeit zu gewährleisten (*fulfil (provide)*), verpflichten sich die Staaten zu einer aktiven Arbeitsmarktpolitik mit dem Ziel der Vollbeschäftigung.¹⁶⁸⁶ Art. 6 Abs. 2 UN-Pakt I hält entsprechend fest, dass «die von einem Vertragsstaat zur vollen Verwirklichung dieses Rechts zu unternehmenden Schritte [...] fachliche und berufliche Beratung und Ausbildungsprogramme sowie die Festlegung von Grundsätzen und Verfahren zur Erzielung einer stetigen wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Entwicklung und einer produktiven Vollbeschäftigung unter Bedingungen, welche die politischen und wirtschaftlichen Grundfreiheiten des einzelnen schützen», umfassen. Die Massnahmen, die zur Erreichung der Vollbeschäftigung zu ergreifen sind, dürfen nicht diskriminierend sein, haben wohlüberlegt, konkret und gezielt der vollständigen Realisierung des Rechts auf (würdige) Arbeit zu dienen.¹⁶⁸⁷ Arbeitslosigkeit und der Mangel an sicheren Arbeitsstellen führen zu Arbeiter_innen, die keine Rechte und soziale Sicherheit haben, was i.S. der Realisierung von menschenwürdiger Arbeit problematisch ist.¹⁶⁸⁸

Ähnlich verpflichtet Art. 41 Abs. 1 lit. d BV Bund und Kantone, sich dafür einzusetzen, dass Erwerbsfähige ihren Lebensunterhalt durch Arbeit zu angemessenen

¹⁶⁸⁴ BGE 138 I 246, E. 3.3.4; siehe auch Urteil BGer 2C_17/2017 v. 22.05.2017.

¹⁶⁸⁵ ZÜND, S. 1355.

¹⁶⁸⁶ DRZEWICKI, S. 184; O'CINNEIDE, S. 104; WSK-Ausschuss, General Comment 18 (2005), § 19.

¹⁶⁸⁷ WSK-Ausschuss, General Comment 18 (2005), § 19.

¹⁶⁸⁸ Ähnlich: WSK-Ausschuss, General Comment 18 (2005), § 10.

Bedingungen bestreiten können, was als sozialpolitischer Auftrag zu einer Politik der Vollbeschäftigung, der Freiheit der Berufswahl und des Arbeitsplatzes verstanden wird.¹⁶⁸⁹

- 694 Das Recht auf Arbeit kann dementsprechend am besten als staatliche Verpflichtung zur Sicherung einer Möglichkeit zu würdiger Arbeit verstanden werden.¹⁶⁹⁰ Personen, die alleine nicht in der Lage sind, sich diesen Zugang zu würdiger Arbeit zu verschaffen, sind zu unterstützen und als Teil dieser Unterstützungspflicht haben Arbeitsvermittlungsdienste zur Verfügung zu stehen – seien es privat- oder öffentlich-rechtliche Einrichtungen.¹⁶⁹¹ Massnahmen zur Flexibilisierung des Arbeitsmarkts dürfen aber nicht zu einer Prekarisierung der Arbeitsverhältnisse führen. Es sind also nicht instabile Beschäftigungen zu fördern oder solche, die den Sozialschutz der Arbeitnehmer_innen vermindern, sondern eben Arbeiten unter würdigen Bedingungen.¹⁶⁹² Der Staat ist zu einer aktiven Politik verpflichtet, die das Ziel verfolgt, dass Arbeit verfügbar, ohne Diskriminierung zugänglich und von annehmbarer Qualität ist.¹⁶⁹³
- 695 Auch durch die Ratifizierung der ILO-Konvention Nr. 122, auf die der WSK-Ausschuss verweist,¹⁶⁹⁴ verpflichtete sich die Schweiz dazu, eine Politik festzulegen (und zu verfolgen), welche die volle, produktive und frei gewählte Beschäftigung fördert.¹⁶⁹⁵ Dass diese Anstrengungen konkret sein sollen, wird aus den ersten direkten Fragen ersichtlich, die der Schweiz vom Expert_innenkomitee gestellt wurden: Die Schweiz erklärte, die Umsetzung einer aktiven Arbeitsmarktpolitik sei eines der Hauptziele der Wirtschaftspolitik und diese beruhe auf mehreren Faktoren (wie z.B. Preisstabilität, einer diversifizierten Wirtschaft, einem stabilen Budget, Fokus auf Berufsbildung). Der CEACR wünschte weitere Informationen dazu, wie sich diese Politik auf die Schaffung von neuen Arbeitsplätzen auswirke.¹⁶⁹⁶

¹⁶⁸⁹ BIGLER-EGGENBERGER/SCHWEIZER, St. Galler Kommentar, N 52 zu Art. 41 BV.

¹⁶⁹⁰ PÄRLI, Recht auf Arbeit, S. 139, der von «anständiger» Arbeit spricht; O'CONNOR, S. 106; ähnlich: O'CONNELL, S. 180, der im Recht auf Arbeit ein Recht zu einer Möglichkeit, seinen Lebensunterhalt durch Arbeit zu verdienen, sieht.

¹⁶⁹¹ WSK-Ausschuss, General Comment 18 (2005), § 26; JOSEPH, S. 338.

¹⁶⁹² WSK-Ausschuss, General Comment 18 (2005), § 25.

¹⁶⁹³ WSK-Ausschuss, General Comment 18 (2005), § 12; siehe auch DE SCHUTTER, S. 152.

¹⁶⁹⁴ WSK-Ausschuss, General Comment 18 (2005), § 26, Fn. 18.

¹⁶⁹⁵ Art. 1 Abs. 1 ILO-Konvention Nr. 122; siehe zum Aspekt der frei gewählten Beschäftigung Kapitel 10.

¹⁶⁹⁶ ILO, CEACR, Direct Request concerning Convention No. 122, Switzerland, 2016.

Dass die Schritte zur Umsetzung des ILO-Übereinkommens Nr. 122 konkret sein müssen, zeigt beispielsweise die Kritik des CEACR an der Politik des Vereinigten Königreichs unter der Regierung Thatcher: Arbeitslosigkeit wurde nur als vorübergehendes Problem angesehen und die Wirtschaftspolitik war auf die Bekämpfung der Inflation und die Entwicklung einer auf Wettbewerb basierenden Marktwirtschaft ausgerichtet. Daraus wurde zu wenig klar, inwiefern frei gewählte und produktive Beschäftigung aktiv gefördert wurde.¹⁶⁹⁷

Eine aktive Arbeitsmarktpolitik ist aber nicht gleichzusetzen mit einer aktivierenden Sozialpolitik.¹⁶⁹⁸ Eine aktive Politik setzt nicht voraus, dass der Paradigmenwechsel von staatlicher Solidarität zu mehr individueller Verantwortung mittels sanktionsbehafteter Arbeitsverpflichtungen vollzogen wird. Eine aktive Arbeitsmarktpolitik kann mit jeglichen Massnahmen, die den Individuen helfen, (wieder) aktive und produktive Erwerbstätige zu werden, betrieben werden.¹⁶⁹⁹ Inwiefern Arbeitsprogramme für Sozialhilfeempfänger_innen als Teil einer geforderten aktiven Arbeitsmarktpolitik gelten können, ist nachfolgend (N 707 ff.) zu klären. 696

D. Schutz vor Arbeitslosigkeit

Bereits Art. 23 Abs. 1 AEMR hält fest, dass ein Recht auf Schutz vor Arbeitslosigkeit bestehe. Dieser rein menschenrechtliche Ansatz findet sich in keinem völkerrechtlich bindenden Menschenrechtsvertrag wieder.¹⁷⁰⁰ Einen Kompensationsmechanismus im Falle des Stellenverlusts vorzusehen, wird als eine der Verpflichtungen (*fulfil and provide*), die aus dem Recht auf Arbeit entsteht, anerkannt und besonders als Teil des Ziels der Vollbeschäftigung angesehen. Dazu gehören die Einrichtung von (privaten oder öffentlichen) Arbeitsvermittlungen und ein Plan, um Arbeitslosigkeit zu bekämpfen.¹⁷⁰¹ Dazu verweist der WSK-Ausschuss auch auf das ILO-Übereinkommen Nr. 168 (siehe dazu ausführlicher: N 1070 ff.). 697

¹⁶⁹⁷ ILO Report of the Committee of Experts, 1983, S. 252 ff.; SIEGEL RICHARD LEWIS, The Right to Work: Core Minimum Obligations, in: Chapman Audrey R./Sage Russel, Core obligations: building a framework for economic, social and cultural rights, Antwerpen/Oxford/New York 2002, S. 21–52, S. 35.

¹⁶⁹⁸ SCHERSCHEL KARIN/STRECKEISEN PETER/KRENN MANFRED, Einleitung, in: Scherschel Karin/Streckeisen Peter/Krenn Manfred (Hrsg.), Neue Prekarität: die Folgen aktivierender Arbeitsmarktpolitik – europäische Länder im Vergleich, Frankfurt a.M. 2012, S. 7–13, S. 8.

¹⁶⁹⁹ Vgl. GUNDT, S. 156.

¹⁷⁰⁰ DRZEWICKI, S. 184.

¹⁷⁰¹ WSK-Ausschuss, General Comment 18 (2005), § 26.

IV. Pflicht zur Arbeit?

- 698 Die Feststellung, dass aus dem Recht auf Arbeit positive staatliche Pflichten fließen, und die Verbreitung der Aktivierungsparadigmen belebten auch die Diskussion neu, ob es sich beim Recht auf Arbeit nicht um eine (versteckte) Pflicht zur Arbeit handle.¹⁷⁰² Diese Debatte prägte bereits die von ideologischen Kämpfen zwischen den sozialistischen und den liberalen Staaten gezeichnete Auseinandersetzung mit dem Recht auf Arbeit bei der Ausarbeitung des UN-Pakts I: Aus liberaler Sicht führt eine (zu starke) öffentliche Einmischung in die Ausgestaltung des Arbeitsmarkts dazu, dass die individuelle Freiheit, zu entscheiden, ob eine und, wenn ja, welche Arbeit ausgeführt wird, eingeschränkt wird. Aus sozialistischer Sicht bleibt das Recht auf Arbeit ohne staatliche Intervention ein theoretisches Recht. Viele Personen würden aufgrund wirtschaftlicher Zwänge *de facto* gezwungen, eine Arbeit anzunehmen, die weder ihren Vorstellungen entspricht noch ihre Rechte bei der Arbeit berücksichtigt. Sowohl die liberalen als auch die sozialistischen Kräfte fürchteten, das Recht auf Arbeit werde zu einer Pflicht, wenn sich die jeweils andere Ansicht durchsetzen sollte.¹⁷⁰³ Dieses Spannungsfeld ist dem Recht auf Arbeit nach wie vor inhärent.
- 699 Die starke Verknüpfung der Erwerbsarbeit zur Existenzsicherung und zum Zugang zur sozialen Sicherheit führt zumindest zu einer moralischen Pflicht zur Arbeit. Darin gründet wohl die «alltagsphilosophische Grundüberzeugung»,¹⁷⁰⁴ dass Rechten Pflichten gegenüberstehen müssen. Auch die der Aktivierungspolitik zugrunde liegenden Schlagworte «*keine Rechte ohne Verpflichtungen*»¹⁷⁰⁵ oder «*there's no something for nothing anymore*»¹⁷⁰⁶ lassen an eine Pflicht zur Arbeit denken.

¹⁷⁰² MUNDLAK, S. 342; DEAKIN, S. 150; PAZ-FUCHS, S. 177; der WSK-Ausschuss spricht diese Frage im General Comment 18 (2005) nicht an. Siehe zur Kritik dazu: MUNDLAK, S. 365.

¹⁷⁰³ DERMINE/DUMONT, S. 14 f.

¹⁷⁰⁴ PÄRLI, Aspekte, S. 49; COLLINS, S. 22; Hinweis, dass auch aufgrund ethischer Überlegungen eine Pflicht zur Arbeit dem Recht auf Arbeit inhärent sei: DERMINE/DUMONT, S. 13; ähnlich auch MUNDLAK, S. 357.

¹⁷⁰⁵ GIDDENS ANTHONY, Der Dritte Weg. Die Erneuerung der sozialen Demokratie, ins Deutsche übersetzt v. Engels Bettina und Adrian Michael, Titel der Originalausgabe: The Third Way. The Renewal of Social Democracy, Frankfurt a.M. 1999, S. 81; kritisch dazu: PAZ-FUCHS, S. 59 f.

¹⁷⁰⁶ PAZ-FUCHS/ELEVELD, S. 35 mit Verweis auf eine Aussage von George Osborne, ehem. Schatzkanzler unter der britischen Regierung von David Cameron; PAZ-FUCHS, Duty to Work, S. 186 m.w.H.

Ob aber nebst dieser moralischen eine rechtliche (durchsetzbare) Pflicht zur Arbeit besteht, die normativ auf derselben Ebene wie ein Menschenrecht anzusiedeln ist,¹⁷⁰⁷ ist im Kontext von Arbeitsverpflichtungen für Sozialhilfeempfänger_innen von besonderer Relevanz.¹⁷⁰⁸ Bestünde eine solche veritable Pflicht zur Arbeit, könnte die Gewährung von Sozialhilfe von der Erfüllung dieser Pflicht abhängig gemacht werden.

Grundsätzlich ist die Idee von Menschenpflichten nicht Teil des Menschenrechtsdiskurses.¹⁷⁰⁹ Die AEMR stellt zwar in Art. 29 Abs. 1 fest, dass jede_r gegenüber der Gemeinschaft Pflichten hat. Auch die Präambeln der UN-Pakte I und II nehmen je Bezug darauf, dass die Einzelnen gegenüber ihren Mitmenschen und der Gemeinschaft, der sie angehören, Pflichten haben. In den Artikeln der Pakte werden diese Pflichten jedoch nicht spezifiziert.¹⁷¹⁰

Pflichten finden über die Möglichkeit von Einschränkungen von Grundrechten in die Menschenrechtsdogmatik Eingang. Zudem handelt es sich gerade beim Recht auf staatliche Existenzsicherung nicht um absolute Ansprüche und zur Erfüllung der Anspruchsvoraussetzungen ist allenfalls auch ein gewisses Verhalten gefordert.¹⁷¹¹ Im System der sozialen Sicherheit wird ein Kompromiss zwischen dem Recht auf Arbeit und einer (moralischen) Pflicht zur Arbeit ausgehandelt. Je nach Resultat dieser Aushandlung ist das System mit mehr oder weniger Zwang zur Verwertung der Arbeitskraft verbunden und wirkt mehr oder weniger dekommodifizierend.¹⁷¹² Die Einführung von aktivierenden Sozialpolitiken führt dann zu einer Rekommodifizierung, wenn diese einseitig auf die Leistung von Arbeit beharrt, was zu einer Beschränkung der individuellen Freiheit führt und das Recht auf Arbeit auf eine Pflicht reduziert.¹⁷¹³

Die Pflicht zur Arbeit hängt also im aktivierenden Sozialstaat nicht in erster Linie mit dem Recht auf Arbeit zusammen, sondern mit Bedingungen, die an die Leistungen der sozialen Sicherheit geknüpft werden. Wie festgestellt, kann i.S. des Rechts

¹⁷⁰⁷ Vgl. VANDENHOLE, S. 86.

¹⁷⁰⁸ PAZ-FUCHS, *Duty to Work*, S. 178.

¹⁷⁰⁹ MUNDLAK, *employment policy*, S. 197; VANDENHOLE, S. 85 ff., der v.a. zwei Strömungen sieht, die versuchen, dies zu ändern: zum einen ein kulturell-relativistisches Argument und zum anderen der neo-liberale Umbau der sozialen Sicherheit hin zu Workfare.

¹⁷¹⁰ VANDENHOLE, S. 88 f.

¹⁷¹¹ VANDENHOLE, S. 87; DERMINE/DUMONT, S. 15 f.; siehe auch N 652 ff. zu den Anspruchsvoraussetzungen.

¹⁷¹² DERMINE/DUMONT, S. 16, mit Hinweis auf: ESPING-ANDERSEN.

¹⁷¹³ HOOP, S. 34 f.; DERMINE/DUMONT, S. 18.

auf Existenzsicherung ein Minimum an sozialstaatlichen Leistungen nicht von der Erfüllung von Arbeitspflichten abhängig gemacht werden (siehe N 656 ff.). Dass es sich nicht eigentlich um eine Pflicht zur Arbeit handelt, zeigt sich z.B. auch daran, dass bei weitem nicht alle Bevölkerungsteile zur Arbeit angehalten werden, so sind beispielsweise die untätigen Reichen nicht im Fokus der Aktivierung.¹⁷¹⁴

- 704 Grundsätzlich ist die Verbindung eines Rechts mit einer gleichgerichteten Pflicht mit Bezug auf andere Menschenrechte nur schwer vorstellbar. Was würde das beispielsweise für das Recht auf Meinungsäusserungsfreiheit oder das Recht auf Religionsfreiheit bedeuten?¹⁷¹⁵ Auch Fürsprecher der Idee «*Keine Rechte ohne Pflichten*» nennen keine anderen Beispiele als die Pflicht zur Arbeit, welche den Rechten von Empfänger_innen von Sozialleistungen gegenüberstehen soll.¹⁷¹⁶ Die Verknüpfung anderer Ansprüche als derjenigen auf Sozialleistungen mit Arbeitsverpflichtungen ist nahezu undenkbar. Wieso etwa sollten nur Kinder von Eltern, die arbeiten, ein Recht auf unentgeltlichen Grundschulunterricht haben? Oder nur Arbeiter_innen das Recht, zu wählen?¹⁷¹⁷
- 705 Um Arbeitsverpflichtungen für Sozialhilfeempfänger_innen beurteilen zu können, ist daher nach der den Sozialleistungen zu Grunde liegenden Rechtfertigung zu fragen: Sofern sie als rein karitative Zahlungen verstanden werden, die nur auf gutem Willen beruhen, können sie auch mit u.U. willkürlichen und unberechenbaren Auflagen verbunden werden. Liegt den Leistungen aber eine normative Begründung zugrunde, die dem Interesse, schonend mit Steuereinnahmen umzugehen, überlegen ist, können Arbeitsverpflichtungen nicht ohne Schwierigkeiten und v.a. nicht ohne klare Grenzen begründet werden.¹⁷¹⁸
- 706 Sozialhilfeleistungen und besonders die Nothilfeleistungen sind mit dem Schutz von elementaren Werten unterlegt und sind bedeutend, um sozialen Zusammenhalt und Chancengleichheit zu gewährleisten.¹⁷¹⁹ Aus dem Recht auf Arbeit entsteht somit keine, einem Menschenrecht normativ gleichzusetzende, rechtliche Pflicht zur Arbeit,¹⁷²⁰ selbst wenn das Arbeiten aus verschiedenen Gründen mora-

¹⁷¹⁴ PAZ-FUCHS, Duty to Work, S. 185.

¹⁷¹⁵ MUNDLAK, S. 356; PAZ-FUCHS, forced labour, S. 38.

¹⁷¹⁶ Siehe ausführliche Hinweise bei: PAZ-FUCHS, S. 59 f.

¹⁷¹⁷ ZATZ, S. 447.

¹⁷¹⁸ DERS., S. 447.

¹⁷¹⁹ Siehe v.a. BGE 121 I 367; sowie die Ausführungen in Kapitel 5, N 582 f.

¹⁷²⁰ VANDENHOLE, S. 112; SAUL/KINLEY/MOWBRAY, S. 283; MUNDLAK, S. 283; PAZ-FUCHS, Duty to Work, S. 194; BUENO, S. 468; DE SCHUTTER, S. 143; EICHENHOFER, S. 102.

lisch und sozial in einer Gesellschaft wünschenswert ist.¹⁷²¹ Das heisst nicht, dass die Leistungen der Sozialhilfe und Sozialversicherungen keine arbeitsbezogenen Bedingungen für den (fortlaufenden) Leistungsbezug stellen dürfen,¹⁷²² aber sie können nicht mit einer Pflicht zur Arbeit begründet werden.

V. Das Recht auf Arbeit als Treiber für sozialhilferechtliche Beschäftigungsprogramme?

Wie gesehen, ist der Staat verpflichtet, aktive Massnahmen zur Förderung der Vollbeschäftigung zu ergreifen, was nicht zwingend eine aktivierende Sozialpolitik vorschreibt. Es ist also zu untersuchen, ob Arbeitsprogramme für Sozialhilfebezüger_innen als Erfüllung dieser Pflicht gelten können und sie daher durch das Recht auf Arbeit gerechtfertigt sind.¹⁷²³ 707

Dies hat anhand des Ziels eines jeden Programms differenziert beantwortet zu werden, ist jedoch in den meisten Fällen zu verneinen. Dazu ist in erster Linie auf den durch das Recht auf Arbeit propagierten Arbeitsbegriff abzustellen und dieser damit zu vergleichen, was in einem Programm erreicht wird bzw. werden will und welche Konzeption von Arbeit dort vertreten wird. Wie erläutert, wird nur bezahlte Arbeit vom Recht auf Arbeit geschützt und eine Entlöhnung, die es erlaubt, einen angemessenen Lebensstandard zu sichern, ist ein Teilaspekt der menschenwürdigen Arbeit, die gefördert werden soll. Zwar wird auch die sozial integrative Komponente der Arbeit betont, aber Arbeit, die nur soziale, aber keine wirtschaftliche Integration bietet, ist nicht vom Recht auf Arbeit erfasst. 708

Dementsprechend sind Programme, die einzig darauf abstellen, dass die Sozialhilfeempfänger_in der «Gesellschaft etwas zurückzugeben hat», und auf einer Idee von Leistung und Gegenleistung beruhen, welche die Gegenleistung der Empfänger_innen für die erhaltene Sozialhilfe betont, nicht als Schritt zur Rea- 709

¹⁷²¹ So v.a. MUNDLAK, S. 283; PAZ-FUCHS, Duty to Work, S. 193 f.

¹⁷²² DE SCHUTTER, S. 143.

¹⁷²³ Prinzipiell bejahend: EICHENHOFER, S. 104 f. («[...] activation is not a restriction of freedom but rather a realisation of freedom!»); differenzierter: FREEDLAND/KOUNTOURIS, S. 127; DERMINE, justification.

lisierung des Rechts auf Arbeit zu sehen.¹⁷²⁴ Solche Formen von Beschäftigung finden erstens ausserhalb des regulären Arbeitsmarktes statt, sind zweitens nicht frei gewählt, werden drittens (in aller Regel) nicht bezahlt und sind viertens nicht produktiv.¹⁷²⁵ Das Ziel der produktiven Vollbeschäftigung wird mit einem Einsatz in einem Beschäftigungsprogramm also nicht realisiert. Es ist hier schwierig zu sehen, inwiefern die geforderte (sanktionsbehaftete) Gegenleistung in Form von Arbeit nicht gleichzusetzen ist mit einer eigentlichen Verweigerung der Hilfeleistung. Wo ist der Unterschied zwischen der Sozialhilfe (oder Nothilfe), die als Teil eines gegenseitigen Austauschvertrages gesehen wird, und der Verweigerung der Sozialhilfe? Was also als Geste der Inklusion und der Unterstützung gesehen werden kann, könnte auch einfach eine (gut) getarnte Verweigerung der Unterstützung überhaupt sein.¹⁷²⁶

- 710 Programme respektive gesetzliche Regulierungen, die v.a. mit höherem Druck zur Annahme jeglicher Tätigkeit operieren und somit rekommodifizierend wirken, sind ebenfalls schwer mit dem Recht auf Arbeit zu begründen und zu vereinbaren.¹⁷²⁷ Es wird damit die Annahme von «schlechter» Arbeit gefördert. Im Kontext der schweizerischen ALV wurde nachgewiesen, dass solche Politiken auch einen negativen Effekt auf die Stabilität der Anstellung und Löhne haben.¹⁷²⁸ Selbsttendend wird damit nicht zur Realisierung würdiger Arbeitsbedingungen beigetragen. Genau solche Mechanismen sind in den Augen des WSK-Ausschusses problematisch.¹⁷²⁹ Sie führen zu einer Verschiebung eines Rechts auf Arbeit zu einer Pflicht zur Arbeit und sind auch daher kaum geeignet, das Recht auf Arbeit zu fördern.¹⁷³⁰
- 711 Am ehesten als positive Massnahmen zur Verwirklichung des Rechts (zur Möglichkeit) auf Arbeit können Massnahmen betrachtet werden, die sich darauf kon-

¹⁷²⁴ Siehe auch ZATZ, S. 445 ff.; kritisch zur Gegenleistungsbegründung auch: PAZ-FUCHS, forced labour, S. 37 ff.

¹⁷²⁵ DERMINE, justification, S. 59.

¹⁷²⁶ ZATZ, S. 451: «It is hard to see the difference between giving me \$ 100 in exchange for my contributing \$ 100 in return, and simply giving me nothing. (...) what is offered as a gesture of inclusion and equality may simply mask a refusal of support»; siehe auch: PAZ-FUCHS, forced labour, S. 39.

¹⁷²⁷ DERMINE, justification, S. 60.

¹⁷²⁸ ARNI PATRICK/LALIVE RAFAEL/VAN OURS JAN, How Effective are Unemployment Benefit Sanctions? Looking Beyond Unemployment Exit, *Journal of Applied Econometrics*, 28 (2013), S. 1153–1178, S. 1167; RAFFAS, S. 353 f.; DERMINE, justification, S. 60, je m.w.H. auf internationale Studien.

¹⁷²⁹ DERMINE, justification, S. 60; WSK-Ausschuss, General Comment 18 (2005), § 25.

¹⁷³⁰ FREEDLAND/KOUNTOURIS, S. 131.

zentrieren, die Fähigkeiten der Sozialhilfeempfänger_innen zu verbessern, und sie dadurch ermächtigen, qualifizierte Arbeit zu finden. Dazu gehören Massnahmen, die mit einer (niederschweligen) Berufsbildung und Einsätzen in einem realen Arbeitsumfeld verbunden sind.¹⁷³¹ Diese Massnahmen sind auch am ehesten mit Art. 6 Abs. 2 UN-Pakt I vereinbar, sollen sie doch dem Einzelnen entsprechend seinen Fähigkeiten, Kenntnissen und Vorlieben Zugang zum Arbeitsmarkt verschaffen.¹⁷³²

Zentral ist aber, dass, obwohl durch Beschäftigungs- und Arbeitsprogramme eine starke Vermischung von Rechten und Pflichten stattfindet, das Recht auf Arbeit als Schutz vor sozialen und rechtlichen Zwängen gesehen wird und nicht als Basis der Legitimierung von solchen Zwängen.¹⁷³³ Dementsprechend ist nicht per se entscheidend, ob das Recht auf Arbeit als Rechtfertigung für die Durchführung von Beschäftigungsprogrammen gelten kann; verboten werden sie durch das Recht auf Arbeit nicht. Die Beschränkungen, die sich aus den mit dem Recht auf Arbeit zusammenhängenden Abwehrrechten (*obligations to respect*) in Form des Verbots der Zwangsarbeit und des Rechts auf frei gewählte Beschäftigung ergeben, sind in jedem Fall zu berücksichtigen.¹⁷³⁴

VI. Zwischenfazit und Beurteilung der Praxis

Das Recht auf Arbeit nimmt in der Debatte um die aktivierende Sozial(hilfe)politik eine besonders *kontroverse Rolle* ein. Nach den obigen Betrachtungen begründet sich dies wohl durch das besondere Zusammenspiel der Verpflichtungsebenen und dadurch, dass dem Recht auf Arbeit kein geschlossenes Konzept zu Grunde liegt und es eng mit anderen Rechten verbunden ist.¹⁷³⁵

Das Recht auf Arbeit ist als staatliche Verpflichtung zur Schaffung von *Möglichkeiten zu menschenwürdiger Arbeit* zu verstehen. Die Menschenwürdigkeit ergibt sich insbesondere unter Berücksichtigung des Verbots der Zwangsarbeit, des

¹⁷³¹ RAFFAS, S. 351; DERMINE, justification, S. 61.

¹⁷³² OCHS, S. 227; ähnlich: MUNDLAK, S. 354.

¹⁷³³ MUNDLAK, employment policy, S. 197; ähnlich auch: DERMINE, justification, S. 62.

¹⁷³⁴ O'CINNEIDE, S. 104; DERMINE, justification, S. 62.

¹⁷³⁵ DRZEWICKI, S. 226 f.; ähnlich auch DEAKIN, S. 148 betreffend die ESC.

Rechts auf freie Berufswahl und des Rechts auf günstige und gerechte Arbeitsbedingungen. Bei dieser Betrachtung können einige Spannungsfelder, die dem Recht auf Arbeit zu Grunde liegen und die sich in aktivierenden Beschäftigungsprogrammen besonders manifestieren, aufgelöst werden:

- 715 *Erstens* wird der Staat durch das Recht auf Arbeit nicht verpflichtet, jeder Person eine Arbeit zur Verfügung zu stellen, und den Einzelnen wird dadurch *auch kein individuell durchsetzbarer Anspruch auf eine (bestimmte) Arbeit* eingeräumt.
- 716 Dies wurde auch in der kantonalen Rechtsprechung verschiedentlich festgehalten: Die Sozialbehörde könne durch das Gericht nicht verpflichtet werden, dem Beschwerdeführer ein bezahltes Arbeitsangebot zu machen¹⁷³⁶ oder ein staatliches Anstellungsprogramm zu bieten.¹⁷³⁷ Dass Bewerbungen auf Stellen in der öffentlichen Verwaltung nicht zu einer Anstellung führten, könne nicht von der Teilnahme an einem Beschäftigungsprogramm befreien.¹⁷³⁸ Das VerwG ZH kam hingegen zum Schluss, dass die zuständige Gemeinde, da die vom Beschwerdeführer eigentlich gewünschte Stelle (ein Praktikum im Rahmen eines Beschäftigungsprogramms) unterdessen besetzt gewesen sei, verpflichtet sei, eine andere vergleichbare Arbeit zur Verfügung zu stellen, die den Fähigkeiten des Beschwerdeführers entspreche.¹⁷³⁹ Dabei mass das Gericht der Aufgabe der Sozialhilfe, die soziale und berufliche Integration zu fördern, grosses Gewicht bei.¹⁷⁴⁰ Es seien Massnahmen zu ermöglichen und diese seien unter pflichtgemäss ausgeübtem Ermessen auszuwählen.¹⁷⁴¹ Da nicht ersichtlich sei, inwiefern das gewünschte, vom bisherigen Einsatzort vorgeschlagene und vermittelte Praktikum im Bürobereich nicht geeignet sei, um zur Reintegration beizutragen, sei die Kostengutsprache für eine Programmteilnahme zu Unrecht verweigert worden.¹⁷⁴² Damit wurde eine, unter Umständen klagbare Möglichkeit zur Arbeit in einem sozialhilferechtlichen Beschäftigungsverhältnis anerkannt. Im Sinne der Förderung der Autonomie der Sozialhilfeempfänger_innen ist dies zu begrüßen und steht im Einklang mit dem Recht auf Arbeit. Es handelte sich hier offenbar um einen spezifisch auf den Sozialhilfeempfänger zugeschnittenen Einsatzplatz.

¹⁷³⁶ VerwG ZH, Urteil VB.2017.00112 v. 04.05.2017, E. 5.3.

¹⁷³⁷ VerwG AG, Urteil WBE.2006.186 v. 15.12.2006, E. 2.3.

¹⁷³⁸ VerwG AG, Urteil WBE.2006.186 v. 15.12.2006, E. 2.2.2.

¹⁷³⁹ VerwG ZH, Urteil VB.2013.00775 v. 03.04.2014, E. 6.2.

¹⁷⁴⁰ VerwG ZH, Urteil VB.2013.00775 v. 03.04.2014, E. 4.2.

¹⁷⁴¹ VerwG ZH, Urteil VB.2013.00775 v. 03.04.2014, E. 5.2.

¹⁷⁴² VerwG ZH, Urteil VB.2013.00775 v. 03.04.2014, E. 6.2.

Zweitens ergibt sich aus dem Recht auf Arbeit *keine Pflicht zur Arbeit*. Die Arbeitsverpflichtungen sind über die Möglichkeit der Einschränkung des Rechts auf Existenzsicherung und die Anspruchsvoraussetzungen desselben zu verstehen, aber eine spiegelbildliche Pflicht zum Recht gibt es nicht. 717

Entsprechend kann hier auf den Befund in Kapitel 7 (N 668) verwiesen werden, wonach *bei feststehender Bedürftigkeit der Anspruch auf zumindest minimale staatliche Unterstützung nicht an das Erfüllen von Arbeitspflichten geknüpft werden darf*, womit sich auch hier keine Begründung für die aktuelle Auslegung des Subsidiaritätsprinzips gem. Art. 12 BV finden lässt. 718

Drittens kann das Recht auf Arbeit *nicht als (ausreichende) Begründung für das Bestehen von Aktivierungsprogrammen* in der Sozialhilfe dienen. Sozialhilferechtliche Beschäftigungsprogramme haben spezifisch das *Ziel der Förderung der menschenwürdigen Arbeit* zu verfolgen. 719

In dieser Hinsicht sind vor allem *Programme, die auf einer reinen Gegenleistungslogik basieren, abzulehnen*. So kann die Zumutbarkeit eines Programmeinsatzes nicht damit begründet werden, eine Arbeit in einem Programm sei auf jeden Fall einer weiteren Inaktivität vorzuziehen.¹⁷⁴³ Nur frei gewählte und produktive Beschäftigungen werden als förderungswürdig anerkannt. Dies unterstreicht auch die Notwendigkeit, die *Reintegrationschancen eines Programmeinsatzes ernsthaft zu prüfen*. Diesbezüglich weist die aktuelle Praxis der Schweiz Mängel auf (siehe N 387), wird doch davon ausgegangen, Programme seien grundsätzlich geeignet, die Situation der Betroffenen zu verbessern. Auch zeigt das BGer eine verkürzte Sicht dessen, was würdige Arbeit ist, wenn festgehalten wird, eine Arbeit sei nicht entwürdigend, nur weil kein erhöhtes Unfallrisiko damit verbunden sei (siehe N 394 sowie N 637). 720

Abschliessend ist festzuhalten: Wenn eine aktivierende Sozialpolitik betrieben wird, muss dies in jedem Fall auch mit einer *aktiven Arbeitsmarktpolitik, die nach Vollbeschäftigung strebt*, begleitet werden. Diese Politik hat auf die Verfügbarkeit und (diskriminierungsfreie) Zugänglichkeit von Arbeitsplätzen zu annehmbarer Qualität ausgerichtet zu sein. Denn (erzwungene) Integration in einen Arbeitsmarkt, der nicht genügend (annehmbare) Arbeitsplätze bietet, ist, als ob man das Unmögliche durchsetzen will.¹⁷⁴⁴ *Zum Unmöglichen kann niemand verpflichtet* 721

¹⁷⁴³ So aber: Département de la santé et des affaires sociales NE, Urteil REC.2011.107 v. 10.08.2010, E. 7.

¹⁷⁴⁴ PAZ-FUCHS, Duty to Work, S. 187; ähnlich auch: TECKLENBURG, Integrationsmassnahmen, S. 91.

werden. Das Unmögliche ist auch nicht zumutbar. Entsprechend positiv zu werten, ist die Strategie, welche die Stadt Zürich seit Mitte 2018 verfolgt, wonach Arbeitspflichten nur noch mittels Sanktionsandrohung durchgesetzt werden, wenn aufgrund der vorhandenen Qualifikationen realistische Chancen auf eine Anstellung im ersten Arbeitsmarkt gegeben sind, sich die betroffene Person aber demotiviert zeigt. Dies treffe lediglich auf 1 % der Sozialhilfeempfänger_innen zu.¹⁷⁴⁵

- 722 Die Durchsetzung eines undifferenzierten Rechts auf Arbeit, dass alle anderen Rechte – seien sie bürgerlich, politisch oder wirtschaftlich, sozial, kulturell – ausser Acht lässt, endet in sklavenähnlichen Zuständen¹⁷⁴⁶ oder ist doch zumindest in einer breiteren menschenrechtlichen Perspektive bedenklich.¹⁷⁴⁷ Deshalb sind die nachfolgend erläuterten Schranken, die sich aus den weiteren Aspekten des Rechts auf Arbeit ergeben, in jedem Fall zu berücksichtigen.

¹⁷⁴⁵ Sozialdepartement Stadt Zürich, Medienmitteilung vom 31. Oktober 2017, «Fokus Arbeitsmarkt 2025» des Sozialdepartements, <https://www.stadt-zuerich.ch/sd/de/index/ueber_das_departement/medien/medienmitteilungen_aktuell/2017/171031a.html>, besucht am 30.04.2021; NZZ vom 22.05.2019, Die Stadt Zürich verteidigt die Entscheidung, auf Sanktionen in der Sozialhilfe weitgehend zu verzichten, <<https://www.nzz.ch/zuerich/die-stadt-zuerich-verteidigt-die-entscheidung-auf-sanktionen-in-der-sozialhilfe-weitgehend-zu-verzichten-ld.1483660>>, besucht am 30.04.2021.

¹⁷⁴⁶ BUENO, S. 474.

¹⁷⁴⁷ GUNDT, S. 156; O'CINNEIDE, S. 104.

Kapitel 9 Verbot von Zwangs- und Pflichtarbeit

I. Einleitung und Quellen

Es ist im Grundsatz anerkannt, dass das Verbot der Zwangs- und Pflichtarbeit 723 der Arbeitsverpflichtungen von Sozialhilfeempfänger_innen eine Schranke setzt. Zwangs- und Pflichtarbeit verlässt den Rahmen des Zumutbaren klar.¹⁷⁴⁸ So geht, wie in Kapitel 3 (N 397) erwähnt, auch die Rechtsprechung des Bundesgerichts davon aus, dass, sofern die Kriterien aus Art. 16 AVIG eingehalten seien, keine Zwangsarbeit vorliege.¹⁷⁴⁹ Dass Schranken notwendig sind, zeigte die Auseinandersetzung mit dem Recht auf Arbeit: Nur zusammen mit den abwehrrechtlichen Komponenten des Rechts auf Arbeit kann sichergestellt werden, dass menschenwürdige Beschäftigung gefördert wird. Trotzdem polarisiert die Frage, ob es sich bei gewissen Arbeitsverpflichtungen im Rahmen des aktivierenden Sozialstaates um Zwangs- oder Pflichtarbeit handelt.¹⁷⁵⁰

Das Verbot von Zwangs- und Pflichtarbeit (nachfolgend auch Zwangsarbeitsverbot) ist völkerrechtlich mehrfach verankert. Die ILO-Übereinkommen Nr. 29¹⁷⁵¹ und Nr. 105, Art. 8 Abs. 3 UN-Pakt II sowie Art. 4 EMRK befassen sich alle explizit damit und wie vorstehende Ausführungen (N 701) gezeigt haben, besteht eine enge Verbindung zu Art. 6 UN-Pakt I. 724

Die Bundesverfassung enthält kein explizites Verbot der Zwangs- und Pflichtarbeit, dieses wird jedoch als menschenrechtlicher Kern und Aspekt der Wirtschaftsfreiheit gem. Art. 27 BV angesehen.¹⁷⁵² Andere sehen das Zwangsarbeitsverbot als Aspekt von Art. 10 Abs. 3 BV, also dem Verbot der erniedrigenden und unmenschlichen Behandlung.¹⁷⁵³ Auf jeden Fall ist das Zwangsarbeitsverbot auch aufgrund 725

¹⁷⁴⁸ AMSTUTZ, S. 176.

¹⁷⁴⁹ Urteil BGer 8C_546/2015 v. 22.12.2015, E. 2.2.

¹⁷⁵⁰ PAZ-FUCHS/ELEVELD, S. 31; Übersicht bei: PAZ-FUCHS, forced labour, S. 28.

¹⁷⁵¹ Siehe m.H.a. die Entstehungsgeschichte: BELSER, S. 434 ff.

¹⁷⁵² SCHEFER, S. 467; so auch: MÜLLER/SCHEFER, S. 1047.

¹⁷⁵³ SCHWEIZER, St. Galler Kommentar, N 49 zu Art. 12 BV.

der Verankerung in der EMRK Teil der grundrechtlichen Ordnung der Schweiz und gilt als ein für die demokratische Gesellschaft fundamentaler Wert.¹⁷⁵⁴

- 726 Der ECSR prüft das Vorliegen von Zwangsarbeit unter dem Aspekt von Art. 1 Abs. 2 ESC, der die Staaten verpflichtet, das Recht des Arbeitnehmers, seinen Lebensunterhalt durch eine frei übernommene Tätigkeit zu verdienen, wirksam zu schützen.¹⁷⁵⁵
- 727 Im Nachfolgenden wird untersucht, welche Vorgaben sich aus dem Zwangsarbeitsverbot für die Ausgestaltung von Arbeitsprogrammen in der Sozialhilfe ergeben. Dazu muss zunächst geklärt werden, wie Zwangs- und Pflichtarbeit definiert wird (II) und welche Ausnahmen (III) gelten. Die Rechtsprechung des EGMR und die Reports der jeweils zuständigen Vertragsorgane werden darauf untersucht, welche konkreten Elemente sich für die Definition von zumutbarer Arbeit für Sozialhilfeempfänger_innen ergeben (III.C). In Abschnitt IV folgt ein Seitenblick auf weitere Gebiete, in denen das Zwangsarbeitsverbot zur Anwendung kommt, was es erlaubt, darauf zurückzuschliessen, ob Arbeitsverpflichtungen für Sozialhilfeempfänger_innen unter das Verbot fallen oder nicht. Diese vergleichende Analyse beschränkt sich auf die Rechtsprechung des EGMR.¹⁷⁵⁶ Abschliessend erfolgen (V) ein zusammenfassendes Fazit und die Beurteilung der aktuellen Praxis.

II. Definitionen und Schutzbereich

A. Allgemeines

- 728 Art. 4 Abs. 2 EMRK und Art. 8 Abs. 3 lit. a UN-Pakt II halten jeweils fest, dass niemand gezwungen werden darf, Zwangs- oder Pflichtarbeit zu verrichten. Gemäss Art. 1 Abs. 1 ILO-Übereinkommen Nr. 29 sind die Staaten verpflichtet, den Gebrauch von Zwangs- und Pflichtarbeit zu beseitigen. Weder die EMRK noch der UN-Pakt II definieren, was unter Zwangs- und Pflichtarbeit zu verstehen ist.

¹⁷⁵⁴ Statt vieler: EGMR v. 07.07.2011, Appl. No. 37452/02, *Stummer ./. Österreich*, § 116.

¹⁷⁵⁵ DEAKIN, S. 148.

¹⁷⁵⁶ Siehe z.B. BELSER, S. 448 ff., für Hinweise auf Anwendungsbereiche des Verbots in der Praxis der ILO.

Im Rahmen beider Normen wird auf die Definition in Art. 2 Abs. 1 ILO-Übereinkommen Nr. 29 Bezug genommen.¹⁷⁵⁷

Entsprechend gilt als Zwangs- und Pflichtarbeit «jede Art von Arbeit oder Dienstleistung, die von einer Person unter Androhung irgendeiner Strafe verlangt wird und für die sie sich nicht freiwillig zur Verfügung gestellt hat». Eine Unterscheidung zwischen Zwangs- und Pflichtarbeit wird weder im Rahmen des ILO-Übereinkommens Nr. 29 noch beim UN-Pakt II gemacht.¹⁷⁵⁸ Der EGMR unterscheidet hingegen zwischen Zwangs- und Pflichtarbeit: Zwangsarbeit impliziert das Vorliegen von psychischem oder physischem Zwang; Pflichtarbeit hingegen ist diejenige Arbeit, die unter Strafandrohung verlangt wird und für die sich die Person nicht freiwillig zur Verfügung gestellt hat.¹⁷⁵⁹ Praktisch relevant ist die Unterscheidung kaum¹⁷⁶⁰ und wird auch nachfolgend nicht vorgenommen.

B. Arbeit oder Dienstleistung

Das Begriffspaar «Arbeit oder Dienstleistung» ist relevant, um die Zwangs- und Pflichtarbeit von der Pflicht, eine Bildung oder Ausbildung zu absolvieren, abzugrenzen. Letzteres ist keine Form verbotener Zwangsarbeit und auch unter diversen ILO-Instrumenten erlaubt. Da beispielsweise bei einer Berufsbildung Arbeits- und Bildungselemente kombiniert werden, ist die Abgrenzung nicht immer einfach. Es muss unter Berücksichtigung aller Elemente des betreffenden Modells bestimmt werden, ob es sich eher um Ausbildung oder um Arbeit handelt.¹⁷⁶¹

Weitere Ausführungen zur besonderen Stellung von Berufsbildungen im menschenrechtlichen System finden sich im Kapitel 11 unter N 906 ff.

¹⁷⁵⁷ Für die EMRK: MANTOUVALOU, Prohibition, S. 155; SCHABAS, S. 210 f.; für den UN-Pakt II: NOWAK, N 15 zu Art. 8; DERMINE, Forced Labour, S. 114; DIES., Limitation, S. 68 f.

¹⁷⁵⁸ ILO, coercion, § 24; DERMINE, Forced Labour, S. 107; NOWAK, N 17 zu Art. 8.

¹⁷⁵⁹ DERMINE, Forced Labour, S. 117; EGMR v. 04.06.2005, Appl. No. 51637/12, *Chitos ./ Griechenland*, § 79.

¹⁷⁶⁰ DEMIR, N 152.

¹⁷⁶¹ ILO, Eradication, § 36.

C. Androhung einer Strafe

- 731 Das Element der Strafe i.S. des Zwangsarbeitsverbots ist weit auszulegen. Es umfasst eine Strafe i.S. des Strafrechts, aber auch den Verlust von Rechten und Vorteilen.¹⁷⁶² So sind z.B. der Verlust des Zugangs zu Arbeit und der Verlust von Mietzuschüssen Strafen i.S. des Zwangsarbeitsverbots.¹⁷⁶³ Dabei ist nicht entscheidend, ob etwas im innerstaatlichen Recht als Strafe bezeichnet wird.¹⁷⁶⁴
- 732 Die Androhung der Strafe, die dazu dient, jemanden in einem Zwangsarbeitsverhältnis zu halten,¹⁷⁶⁵ kann ebenfalls unterschiedliche Formen annehmen. Sowohl tatsächliche Nachteile als auch die glaubhafte Androhung derselben sind problematisch. Die extremste Form von Strafandrohungen beinhaltet physische Gewalt gegenüber den Arbeiter_innen oder auch gegenüber der Familie.¹⁷⁶⁶ (Die Androhung von) Haft und Einsperrung sowie der Verlust von Nahrung, Unterkunft und anderen notwendigen Gütern sind ebenso tatbestandsmässig wie (die Drohung) aus dem Sozialleben ausgeschlossen zu werden oder ein Verlust des sozialen Status.¹⁷⁶⁷ Ebenfalls problematisch ist die Androhung (noch) schlechterer Arbeitsbedingungen. Auch die Androhung finanzieller Nachteile kann ein Mittel sein, um jemanden in einem Zwangsarbeitsverhältnis zu halten.¹⁷⁶⁸ Kein Konflikt mit dem Zwangsarbeitsverbot entsteht hingegen dadurch, dass bei einem frei ausgehandelten Arbeitsvertrag (arbeitsrechtliche) Sanktionen drohen, wenn die Arbeitsleistung nicht erbracht wird.¹⁷⁶⁹
- 733 Die Frage, ob Kürzungen und Einstellungen der Sozialhilfeleistungen, die bei einer Nichtteilnahme an einem sozialhilferechtlichen Beschäftigungsprogramm drohen, eine Strafe i.S. des Zwangsarbeitsverbots sind, wird u.a. mit Blick darauf diskutiert, ob es sich dabei um einen Eingriff in das Eigentumsrecht der Betroffene

¹⁷⁶² ILO, alliance, § 14.

¹⁷⁶³ SAUL/KINLEY/MOWBRAY, S. 324.

¹⁷⁶⁴ ILO, Representation (article 24), Chile, Convention Nr. 29, Report of the committee set up to examine the representation alleging non-observance submitted by the Colegio de Abogados de Chile, 2008, § 31.

¹⁷⁶⁵ ILO, alliance, S. 6, beschreibt die «Androhung einer Strafe» als Mittel, um jemanden in einem Zwangsarbeitsverhältnis zu halten.

¹⁷⁶⁶ ILO, coercion, § 24.

¹⁷⁶⁷ Darunter fällt etwa die Drohung, Personen ohne geregelten Aufenthaltsstatus bei der Migrationspolizei anzuzeigen, vgl. ILO, alliance, § 14.

¹⁷⁶⁸ ILO, alliance, S. 6.

¹⁷⁶⁹ EGMR, *Chitos ./.* Griechenland, § 79.

nen handelt.¹⁷⁷⁰ Diese Frage ist zwar nicht völlig irrelevant, da das Eigentum durch Art. 1 Abs. 1 des ersten Zusatzprotokolls der EMRK geschützt wird¹⁷⁷¹ und auch Sozialhilfeleistungen i.S. dieses Artikels Eigentum darstellen können.¹⁷⁷² Relevant ist jedoch, dass von der ILO und vom EGMR anerkannt ist, dass nicht nur der Verlust von Rechten, sondern auch der Verlust von Vorteilen eine Strafe i.S. des Zwangsarbeitsverbots darstellt.¹⁷⁷³ Dies zeigt die Rechtsprechung des EGMR im Fall *Van der Mussele ./. Belgien*, wo die Gefahr, nicht ins Anwaltsregister eingetragen zu werden, als Androhung einer Strafe galt.¹⁷⁷⁴ Schliesslich kann eine Kürzung oder Einstellung der Sozialhilfeleistungen auch zum Verlust von Unterkunft, Nahrung und sozialem Status führen, was eine Strafe i.S. des Zwangsarbeitsverbots darstellen kann.

Zu Recht wird in der Literatur festgehalten, der Druck, der durch den (angedrohten) Verlust von Sozialleistungen entstehe, sei vergleichbar mit direktem Druck, wie er durch direkte Strafen z.B. in Form von Bussen entstehe.¹⁷⁷⁵ Wenn dies unberücksichtigt bleibt, werden Sozialhilfeempfänger_innen nur ungenügend vor übermässigen Belastungen durch Arbeitsverpflichtungen geschützt.¹⁷⁷⁶ Der Verlust von Ansprüchen der Sozialhilfe und v.a. der Nothilfe ist daher als Strafe i.S. des Verbots der Zwangsarbeit zu sehen.¹⁷⁷⁷

¹⁷⁷⁰ Vgl. DERMINE, *Forced Labour*, S. 134 f.

¹⁷⁷¹ Die Schweiz hat dieses nicht ratifiziert. Einen indirekten Einfluss hat es via die integrative Auslegung der EMRK dennoch auf die Schweiz, vgl. dazu: GÄCHTER/MEIER, S. 480 ff., die argumentieren (und kritisieren), über eine Ausweitung der Interpretation von Art. 8 EMRK werde das 1. Zusatzprotokoll der EMRK auch für die Schweiz verbindlich erklärt.

¹⁷⁷² EGMR v. 16.10.2012, Appl. No. 49464/10 u. 3365/1, *Lessing und Reichelt ./. Deutschland*, § 25.

¹⁷⁷³ So nun auch: DERMINE, *Limitation*, S. 69; siehe z.B. auch: EGMR, *Van der Mussele ./. Belgien*, § 35.

¹⁷⁷⁴ EGMR, *Van der Mussele ./. Belgien*, § 35.

¹⁷⁷⁵ DE SCHUTTER, S. 139 f.

¹⁷⁷⁶ VONK, S. 198.

¹⁷⁷⁷ Gleicher Meinung etwa auch: DERMINE, *Limitation*, S. 69; VONK, S. 198; DEMIR, N 153; JENAK, S. 71; FROWEIN, N 11 zu Art. 4 EMRK; a.M.: EICHENHOFER EBERHARD, *Soziale Menschenrechte im Völker-, europäischen und deutschen Recht*, Tübingen 2012, S. 106; PAZ-FUCHS, *forced labour*, S. 31; BEHNSEN, N 40 zu Art. 4 EMRK (in Bezug auf die Arbeitslosenversicherung).

Dementsprechend sind die Entscheidungen *X ./. Niederlande* und *Talmon ./. Niederlande* der EKMR kritisch zu betrachten – auch wenn nicht sozialhilferechtliche, sondern arbeitslosenversicherungsrechtliche Sachverhalte zu beurteilen waren. Die erstgenannte (Nichteintretens-)Entscheidung hält fest, die Einstellung von Arbeitslosenleistungen als Folge der Ablehnung einer nicht den Qualifikationen entsprechenden Arbeit sei keine Zwangs- oder Pflichtarbeit, denn die Annahme zumutbarer Arbeit sei lediglich eine Anspruchsvoraussetzung für die Leistungen. Die Ablehnung einer Arbeit sei nur mit dem (vorübergehenden) Verlust der Leistungen sanktioniert und mit keiner anderen Massnahme.¹⁷⁷⁸ Im zweiten Fall wurde festgehalten, dass die Kürzung von Arbeitslosenunterstützung infolge der Weigerung, eine Stelle ausserhalb des Einsatzbereichs als unabhängiger sozialkritischer Wissenschaftler anzunehmen, in keiner Weise verpflichte, eine Arbeit anzunehmen. Da der Beschwerdeführer keine anderen Massnahmen als die Kürzung der Unterstützung befürchten musste, sei kein Problem im Zusammenhang mit Art. 4 EMRK ersichtlich.¹⁷⁷⁹

- 735 Wie in Kapitel 3 (N 316) festgehalten, hat das Bundesgericht in BGE 142 I 1 der Gemeinde empfohlen, die Weisung zur Teilnahme an einem Beschäftigungsprogramm mit einer Strafandrohung nach Art. 292 StGB zu verbinden.¹⁷⁸⁰ Wird dies gemacht, erübrigt sich die Diskussion, ob es sich bei der Kürzung oder Einstellung der Sozialhilfe um eine Strafe i.S. des Zwangsarbeitsverbots handelt. Eine Verbindung mit einer strafrechtlichen Sanktion stellt zweifelsohne eine Strafe i.S. des Zwangsarbeitsverbots dar. Eine Verletzung von Art. 292 StGB führt zu einer Busse; bei schuldhafter Nichtbezahlung droht eine Ersatzfreiheitsstrafe (Art. 106 Abs. 2 StGB).¹⁷⁸¹

D. Unfreiwilligkeit

- 736 Die Freiwilligkeit einer Arbeitsleistung kann auf unterschiedliche Weise beeinträchtigt werden. Zunächst ist festzustellen, dass es eine Überschneidung zwischen der Androhung einer Strafe und der Freiwilligkeit gibt: Unter Drohung kann keine gültige Einwilligung in eine Arbeit erfolgen. Die ILO fasst diesen Grundsatz knapp zusammen: «*There is no <voluntary offer> under threat.*»¹⁷⁸²

¹⁷⁷⁸ EKMR v. 13.12.1976, Appl. No. 7602/76, *X ./. Niederlande*.

¹⁷⁷⁹ EKMR v. 26.02.1997, Appl. No. 30300/96, *Talmon ./. Niederlande*.

¹⁷⁸⁰ BGE 142 I 1, E. 7.2.5.

¹⁷⁸¹ Siehe auch die kritischen Bemerkungen hierzu von MEIER/STUDER, N 62; daran anschliessend: WIZENT, Sozialhilferecht, N 230.

¹⁷⁸² ILO, Eradication, § 38.

Eine Einwilligung kann durch indirekten oder externen Zwang ungültig werden. Solche indirekten Einflüsse auf den freien Willen der Arbeiter_innen können sich entweder aus dem Verhalten der Behörden, gesetzlichen Vorschriften oder auch durch eine (private) Arbeitgeber_in ergeben.¹⁷⁸³ Es dürfen dabei jedoch nicht alle externen Faktoren dem Staat oder den Arbeitgeber_innen zugerechnet werden. So sind z.B. die ökonomische Notwendigkeit, zu arbeiten, und der Mangel an Anstellungsalternativen alleine keine Form von Zwang,¹⁷⁸⁴ die auf den freien Willen der Arbeitnehmer_in genügend Einfluss hat, um eine Einwilligung zu invalidieren. Erst in Zusammenhang mit weiteren Faktoren können solche externe Faktoren eine Verantwortung des Staates auslösen. Illustrativ in diesem Zusammenhang ist die vom Expert_innenkomitee der ILO gerügte Gesetzgebung Deutschlands, die Asylbewerber_innen verpflichtete, «sozial nützliche Arbeit» zu verrichten, um ihren Anspruch auf öffentliche Unterstützung zu behalten, obwohl Asylbewerber_innen während mindestens zwei Jahren seit Stellung des Asylgesuchs keine Arbeitsbewilligung erhielten.¹⁷⁸⁵ 737

Problematisch ist in dieser Hinsicht BGE 135 I 119, E. 7, wo das BGER offenliess, ob das Recht auf Hilfe in Notlagen gem. Art. 12 BV – zumindest nach einer gewissen Dauer – auch ein Recht auf Geldleistungen umfasse. Da der abgewiesene Asylsuchende – der entsprechend seinem ausländerrechtlichen Status keine Arbeitsbewilligung hatte – sich mit der Arbeit in der Asylunterkunft ein Taschengeld hinzuverdienen könnte, sei dies nicht entscheidend. Damit wird also auch offengelassen, ob einer Person ohne Arbeitsbewilligung faktisch eine Arbeitspflicht auferlegt werden kann, damit sie weiterhin Zugang zur minimalen, die Würde sichernden, staatlichen Existenzsicherung hat.

Zwangsarbeit stellt eine ernsthafte Menschenrechtsverletzung dar. Schlechte Löhne und schlechte Arbeitsbedingungen alleine werden daher nicht als Zeichen für die fehlende Freiwilligkeit und das Vorliegen von Zwangsarbeit gewertet.¹⁷⁸⁶ Jedoch können besonders harsche Arbeitsbedingungen in Zwangs- oder Pflichtarbeit münden,¹⁷⁸⁷ ist doch Zwangsarbeit die Antithese zu menschenwürdiger Arbeit.¹⁷⁸⁸ Zudem müssen Arbeitnehmer_innen die Möglichkeit haben, zu kündigen und so ihre einmal 738

¹⁷⁸³ ILO, Eradication, § 39.

¹⁷⁸⁴ ILO, alliance, § 13.

¹⁷⁸⁵ ILO, Eradication, Fn. 64, m.H.a.: ILO, CEACR, Observation concerning Convention No. 29, Federal Republic of Germany, 1984, § 2.

¹⁷⁸⁶ ILO, alliance, § 13.

¹⁷⁸⁷ DERMINE, Forced Labour, S. 109.

¹⁷⁸⁸ ILO, alliance, § 31.

gegebene Einwilligung zurückzuziehen. Die Freiheit im Arbeitsleben wird durch eine einmal gegebene Zustimmung zu einer Arbeit nicht aufgegeben.¹⁷⁸⁹

739 Der EGMR seinerseits hat das Element der Unfreiwilligkeit bisher noch nicht auf Arbeitsverpflichtungen für Sozialleistungsempfänger_innen angewandt, da er davon ausgeht (siehe N 734), dass bereits die Androhung einer Strafe nicht gegeben ist.¹⁷⁹⁰ Die ILO hat hier eine differenzierte Position eingenommen und festgehalten, dass tiefe Entschädigungen in Programmen die Freiwilligkeit in Frage stellen könnten.¹⁷⁹¹

740 Sozialhilfeempfänger_innen befinden sich durch die drohenden Sanktionen bei einer Nichtaufnahme einer zugewiesenen Programmstelle in einer Situation, in der sie nicht frei sind, eine Stelle anzutreten. Sie treten in einer geschwächten Position an den Verhandlungstisch, was nicht einer ökonomischen Notwendigkeit, zu arbeiten, geschuldet ist, sondern einer gesetzgeberischen Konstruktion von Pflichten und Sanktionen.¹⁷⁹² So können sie nicht gültig in die Arbeitsleistung einwilligen respektive muss die Arbeit unter Sanktionsandrohung als unfreiwillig angesehen werden.¹⁷⁹³

Diese geschwächte Position spiegelt sich auch dadurch wider, dass, selbst wenn ein Arbeitseinsatz mit einem Arbeitsvertrag geregelt wird, es den Sozialhilfeempfänger_innen nicht möglich ist, die Arbeitsbedingungen zu verhandeln, und sie tw. vorher nicht über den Inhalt des Arbeitsvertrages informiert werden.¹⁷⁹⁴ Eine Beschwerdeführerin rügte, die Sozialhilfebehörde wolle sie mit der Anordnung einer Massnahme einschüchtern, ihre schwache Position ausnützen und sie «in den Dreck stossen». Das Gericht erwog, da ein Rechtsmittelverfahren offenstehe, in welchem Einwände gegen eine Zuweisung vorgebracht werden könnten, könne keine Rede davon sein, dass eine schwache Position ausgenutzt werde.¹⁷⁹⁵

¹⁷⁸⁹ ILO, Eradication, § 40.

¹⁷⁹⁰ So auch: DERMINE, Forced Labour, S. 132.

¹⁷⁹¹ Siehe dazu auch unten N 754.

¹⁷⁹² PAZ-FUCHS, Duty to Work, S. 189.

¹⁷⁹³ DERMINE, Limitation, S. 69.

¹⁷⁹⁴ VerwG BE, Urteil 100.2011.428Ua v. 18.10.2012, E. 5.7.6.

¹⁷⁹⁵ VerwG ZH, Urteil VB.2014.00423 v. 18.11.2014, E. 5.4; siehe dazu jedoch: BGE 146 I 62, mit welchem eine Gesetzesänderung gutgeheissen wird, welche die Beschwerdemöglichkeiten gegen die Auflage resp. Weisung, an einem Beschäftigungsprogramm teilzunehmen, einschränkt.

E. Schikane, Unterdrückung und Würdeverletzung?

In der Literatur wird teilweise argumentiert, dass sich Zwangsarbeit durch Schikane, Ungerechtigkeit, Unterdrückung und die Verbindung mit vermeidbaren Härten charakterisiere.¹⁷⁹⁶ Dabei wird auf den Entscheid *Iversen* ./ *Norwegen*¹⁷⁹⁷ der EKMR Bezug genommen oder auf Art. 12 des deutschen Grundgesetzes verwiesen.¹⁷⁹⁸ 741

Der EGMR setzte sich bereits 1983 in *Van der Musselle* ./ *Belgien* mit der *Iversen* ./ *Norwegen*-Entscheidung auseinander und hielt fest, dass sich aus dem ILO-Übereinkommen Nr. 29 nicht ergebe, dass Zwangsarbeit mit Ungerechtigkeit, Unterdrückung oder vermeidbaren Härten und der herabwürdigenden Schikane verbunden sei. Der Gerichtshof stellte klar, dass ein anderer Ansatz gewählt werde.¹⁷⁹⁹ Dieser andere Ansatz hat zur Entwicklung einer Verhältnismässigkeitsprüfung geführt, die nachfolgend (N 747 ff.) erläutert wird. 742

F. Zwischenfazit

Sozialhilfeempfänger_innen, die per Weisung zu einer Arbeit angehalten werden, werden unter Androhung einer Strafe i.S. des Zwangsarbeitsverbots zur Arbeit verpflichtet. Die Strafe besteht im (teilweisen) Verlust ihres Anspruchs auf Sozialhilfe und – sofern das Programm minimal entlohnt ist – Nothilfe. Die definierenden Elemente der Zwangs- und Pflichtarbeit scheinen also grundsätzlich gegeben.¹⁸⁰⁰ 743

Nicht gefolgt werden kann nach diesen Ausführungen dem EGMR in der Entscheidung *Schuitemaker* ./ *Niederlande*, wonach der Staat (absolut) frei sei bei der Festlegung der Anspruchsvoraussetzungen für eine Sozialleistung und somit keine Zwangsarbeit vorliegen könne, wenn Arbeit Voraussetzung für die Leistungen sei.¹⁸⁰¹ Dies erkennt einerseits, dass auch der leistende Staat an die Grundrechte 744

¹⁷⁹⁶ SSENYONJO, N 8.55; GRABENWARTER/PABEL, § 20 N 91; DAVILLA, S. 77; SCHEFER, S. 469; HÄNZI, S. 77, Fn. 638; BEHNSEN, N 16 zu Art. 4 EMRK, allerdings mit Relativierung.

¹⁷⁹⁷ EKMR v. 17.12.1963, Appl. No. 1468/62, *Iversen* ./ *Norwegen*.

¹⁷⁹⁸ So exemplarisch: SCHEFER, S. 469, Fn. 439–441.

¹⁷⁹⁹ EGMR, *Van der Musselle* ./ *Belgien*, § 37.

¹⁸⁰⁰ So auch: DERMINE, Limitation, S. 69.

¹⁸⁰¹ EGMR v. 04.05.2010, Appl. No. 15906/08, *Schuitemaker* ./ *Niederlande*; ähnlich z.B. JENAK, S. 71; ebenfalls kritisch dazu: VONK, S. 198; DE SCHUTTER, S. 140; DERMINE, Limitation, S. 71.

und Rechtsstaatlichkeit gebunden ist, und verdeutlicht andererseits die Problematik einer getrennten Betrachtung von abwehrrechtlichen Aspekten von Grundrechten und allenfalls grund- oder menschenrechtlich begründeten positiven Leistungsverpflichtungen des Staates. Interessanterweise sind dann der *Schuitemaker* ./ *Niederlande*-Entscheidung dennoch wichtige Hinweise darauf zu entnehmen, dass sich eine Arbeitsverpflichtung für Sozialhilfeempfänger_innen innerhalb gewisser Grenzen zu bewegen hat (siehe v.a. N 755 ff.).¹⁸⁰²

III. Ausnahmen

A. Generell

- 745 Alle drei oben dargestellten Bestimmungen zum Verbot der Zwangs- und Pflichtarbeit enthalten ein absolutes Verbot. Eine Einschränkung i.S. der üblichen Voraussetzungen einer Grundrechtseinschränkung kommt nicht in Frage.¹⁸⁰³ Jedoch enthalten alle drei Bestimmungen einen Ausnahmekatalog. Inhaltlich sind die Ausnahmen sehr ähnlich formuliert und sie umfassen Arbeit während des Freiheitsentzugs, Militärdienstpflichten, Katastrophenhilfe sowie Arbeiten und Dienstleistungen, die zu den üblichen Bürgerpflichten gehören.¹⁸⁰⁴ Die Ausnahmeregeln sollten eng ausgelegt werden.¹⁸⁰⁵

Trotz den inhaltlichen Gemeinsamkeiten werden die Ausnahmen vom EGMR und von den ILO-Organen konzeptionell anders interpretiert. Der EGMR legt den Katalog in Art. 4 Abs. 3 EMRK so aus, dass diese Formen von Arbeit und Dienstleistung nicht als Zwangs- oder Pflichtarbeit betrachtet werden. Das Verbot der Zwangsarbeit wird damit also nicht eingeschränkt, sondern es wird zur Begriffsbestimmung beigetragen.¹⁸⁰⁶ Dahingegen handelt es sich bei den in Art. 2 Abs. 2 ILO-Übereinkommen Nr. 29 aufgezählten Tatbeständen auch um Zwangs- oder Pflichtarbeit. Durch den Negativkatalog

¹⁸⁰² So auch: DERMINE, Limitation, S. 71.

¹⁸⁰³ MEYER-LADEWIG/HUBER, N 1 zu Art. 4 EMRK; DAHMEN, S. 281.

¹⁸⁰⁴ Vgl. die Kataloge in Art. 4 Abs. 3 EMRK; Art. 2 Abs. 2 ILO-Übereinkommen Nr. 29; Art. 8 Abs. 3 lit. c UN-Pakt II.

¹⁸⁰⁵ DERMINE, Limitation, S. 71.

¹⁸⁰⁶ GRABENWARTER, N 7 zu Art. 4 EMRK; SCHABAS, S. 212; MANTOUVALOU, Prohibition, S. 151; BEHNSEN, N 21 zu Art. 4 EMRK; EGMR, *Van der Mussele* ./ *Belgien*; EGMR v. 18.07.1994, Appl. No. 13580/88, *Karlheinz Schmidt* ./ *Deutschland*, § 22; EGMR, *Chitos* ./ *Griechenland*, § 80.

werden diese Formen von Zwangsarbeit aus dem Anwendungsbereich der Konvention ausgeschlossen.¹⁸⁰⁷ Im Rahmen des UN-Pakts II ist relativ wenig darüber bekannt, wie die Ausnahmen verstanden werden. Auch der MRA ist diesbezüglich nicht eindeutig.¹⁸⁰⁸ Es scheint aber, dass er eher der Argumentation des EGMR folgt, also dass die Ausnahmen dazu dienen, festzulegen, was Zwangs- oder Pflichtarbeit ist und was nicht.¹⁸⁰⁹

Bei erlaubten Formen der Zwangsarbeit (i.S. der ILO) resp. bei den Arbeitsformen, die nicht Zwangsarbeit sind (i.S. der EMKR), sind gewisse Bedingungen zu beachten.¹⁸¹⁰ Diese ergeben sich u.a. aus dem ILO-Übereinkommen Nr. 105, welches verbietet, Zwangsarbeit – wie sie im ILO-Übereinkommen Nr. 29 definiert wird¹⁸¹¹ – als Mittel des politischen Zwangs, als Massnahme der Arbeitsdisziplin, als Strafe für die Teilnahme an einem Streik oder als Massnahme der Diskriminierung zu verwenden (Art. 1 ILO-Übereinkommen Nr. 29). Das heisst z.B., dass Arbeit im Gefängnis (welche eine erlaubte Form von Zwangsarbeit ist) nicht als Massnahme der Arbeitsdisziplin verwendet werden darf.¹⁸¹² Entsprechend müssen Arbeitseinsätze für Sozialhilfeempfänger_innen, selbst wenn sie unter eine Ausnahme fallen, diese zusätzlichen Bedingungen respektieren. 746

B. Normale Bürgerpflichten und Verhältnismässigkeitsprüfung

Naheliegend ist es, zu prüfen, ob Arbeitsverpflichtungen für Sozialhilfeempfänger_innen als eine normale Bürgerpflicht zu betrachten sind. Als normale Bürgerpflicht gilt etwa der Feuerwehrdienst¹⁸¹³ oder die Pflicht, in einem Geschworenengericht Einsitz zu nehmen.¹⁸¹⁴ Die ILO-Organen gehen nur dann von einer normalen Bürgerpflicht aus, wenn es sich um eine Pflicht handelt, die sich an alle Personen richtet und nicht nur an eine bestimmte Personengruppe. So wurde die Verpflichtung 747

¹⁸⁰⁷ ILO, Eradication, § 42; DERMINE, Forced Labour, S. 124.

¹⁸⁰⁸ JOSEPH SARAH/CASTAN MELISSA, The International Covenant on Civil and Political Rights: cases, materials and commentary, 3. Aufl., Oxford 2013, N 10.04 und 10.25; siehe auch: MRA, Communication No. 1036/2001, *Faure ./.* Australien v. 31.10.2005, CCPR/C/85/D/1035/2001.

¹⁸⁰⁹ Ähnlich: DERMINE, Forced Labour, S. 115.

¹⁸¹⁰ ILO, Eradication, § 42; DERMINE, Forced Labour, S. 111.

¹⁸¹¹ ILO, Eradication § 141.

¹⁸¹² ILO, Eradication § 145.

¹⁸¹³ EGMR, *Karlheinz Schmidt ./.* Deutschland, § 23.

¹⁸¹⁴ ILO, Eradication, § 47.

tung von Anwält_innen zur Übernahme von Pflichtverteidigungen nicht als normale Bürgerpflicht beurteilt, da diese nur einen kleinen Teil der Bevölkerung betrifft.¹⁸¹⁵ Dies würde Arbeitsverpflichtungen für Sozialhilfeempfänger_innen von der Qualifikation als normale Bürgerpflicht ausschliessen. Unter der EMRK werden hingegen auch Arbeits- und Dienstleistungsverpflichtungen als normale Bürgerpflicht betrachtet, die nur einen kleinen Teil der Bevölkerung treffen können, so z.B. die Pflicht für patentierte Jäger_innen, an der Begasung von Fuchsbauen zur Bekämpfung einer Epidemie teilzunehmen.¹⁸¹⁶

- 748 Gemäss UN-Pakt II können offenbar auch Pflichten, die nicht alle treffen, normale Bürgerpflichten sein. Der MRA hat als einziges Vertragsüberwachungsorgan eine Arbeitsverpflichtung in der Sozialhilfe als normale Bürgerpflicht qualifiziert.¹⁸¹⁷ Die (knappen)¹⁸¹⁸ rechtlichen Erwägungen in der Entscheidung *Faure ./. Australien* halten fest, dass, um als eine normale Bürgerpflicht gelten zu können, eine Massnahme keinen strafenden Zweck oder Effekt haben dürfe, gesetzlich vorgesehen sein müsse sowie ein legitimes Interesse verfolgen müsse. Da der Arbeit im australischen «work for the dole»-Programm nichts Erniedrigendes oder Entmenslichendes anhafte, liege keine Zwangs- oder Pflichtarbeit vor.¹⁸¹⁹ Der MRA geht also davon aus, dass eine Arbeitsverpflichtung für Sozialhilfeempfänger_innen von der Ausnahme der normalen Bürgerpflicht erfasst werden kann, sofern sie sich in gewissen Schranken bewegt. Dabei hat die australische Regierung dargelegt, dass das Programm auf einem Konzept von gegenseitigen Verpflichtungen zwischen der Hilfeempfängerin und dem unterstützenden Gemeinwesen basiere und dazu dienen solle, die Fähigkeiten, Erfahrungen, Selbstbewusstsein, zukünftige Vermittlungsfähigkeit und wirtschaftliche Unabhängigkeit zu fördern.¹⁸²⁰ Kritik am erwähnten Entscheid wies darauf hin, das Prinzip von Leistung und Gegenleistung werde mit dieser Auslegung zu stark und die Freiheit der Einzelnen, eine angemessene Arbeit zu wählen, zu we-

¹⁸¹⁵ ILO, Representation (article 24), Chile, Convention Nr. 29, Report of the committee set up to examine the representation alleging non-observance submitted by the Colegio de Abogados de Chile, 2008, § 35; Hinweis auch bei: DERMINE, Forced Labour, S. 111.

¹⁸¹⁶ EKMR v. 04.10.1984, Appl. No. 9686/82, S. ./.. *Deutschland*.

¹⁸¹⁷ So auch: SAUL/KINLEY/MOWBRAY, S. 342; KÄLIN/KÜNZLI, N 14.21; AKKAYA, S. 45; JOSEPH, S. 352.

¹⁸¹⁸ Kritik daran: DERMINE, Forced Labour, S. 128; JOSEPH, S. 357, bedauert, dass der MRA nicht näher auf die Unterscheidung zwischen Zwangsarbeit und normaler Bürgerpflicht einging.

¹⁸¹⁹ MRA, *Faure ./. Australien*, § 7.5.

¹⁸²⁰ MRA, *Faure ./. Australien*, § 4.15.

nig gewichtet.¹⁸²¹ Zudem ergibt sich eine Diskrepanz zwischen der Entscheidung des MRA und der Kritik des WSK-Ausschusses am kanadischen Workfare-Programm und an der deutschen Aktivierungspraxis (N 656). Dies lässt richtigerweise darauf schliessen, dass nicht jedes Beschäftigungsprogramm, das allenfalls nicht allen menschenrechtlichen Verpflichtungen gerecht wird, Zwangsarbeit ist.¹⁸²²

Die Praxis der ILO und des EGMR bedient sich einer Verhältnismässigkeitsprüfung, mit der geprüft wird, ob eine Arbeitspflicht das Zwangsarbeitsverbot verletzt. Beide Organe hatten sich mit der Übernahme von Pflichtverteidigungen durch (angehende) Anwält_innen zu beschäftigen. Dabei kamen sowohl der EGMR in der Entscheidung *Van der Mussele ./. Belgien* als auch die tripartite ILO-Kommission, die das chilenische «Duty lawyer roster»-System untersucht hat, zum Schluss, dass die Ausnahmetatbestände des Zwangsarbeitsverbots durch allgemeine (öffentliche) Interesse begründet seien.¹⁸²³ Das öffentliche Interesse – ohne dieses genauer zu konkretisieren – wird herangezogen, um im Rahmen einer Verhältnismässigkeitsprüfung festzustellen, ob die Arbeitsverpflichtung eine übermässige Last darstelle¹⁸²⁴ resp. ob sich eine in einem öffentlichen Interesse begründete Arbeitspflicht noch innerhalb gewisser zumutbarer Schranken bewege, und verglichen mit den Vorteilen, die an die (künftige) Ausübung des Berufes gebunden sind. Werden diese bejaht, kommt die Arbeitspflicht ausserhalb des Anwendungsbereichs des Zwangs- und Pflichtarbeitsverbots zu liegen.¹⁸²⁵

Der EGMR konstruierte in der Entscheidung *Van der Mussele ./. Belgien* den Verhältnismässigkeitstest nicht als selbständiges Erfordernis, sondern um zu testen, ob eine bestimmte Arbeitsverpflichtung noch von der ursprünglich gegebenen Einwilligung in das Ausüben eines Berufes, an den auch gewisse Pflichten gebunden sind,¹⁸²⁶ gedeckt ist. Jedoch ist in der späteren Rechtsprechung zu beobachten,

¹⁸²¹ SAUL/KINLEY/MOWBRAY, S. 343.

¹⁸²² JOSEPH, S. 353 f.

¹⁸²³ ILO, Representation (article 24), Chile, Convention Nr. 29, Report of the committee set up to examine the representation alleging non-observance submitted by the Colegio de Abogados de Chile, 2008, § 35; EGMR, *Van der Mussele ./. Belgien*, § 39.

¹⁸²⁴ EGMR, *Van der Mussele ./. Belgien*, § 37.

¹⁸²⁵ ILO, Representation (article 24), Chile, Convention Nr. 29, Report of the committee set up to examine the representation alleging non-observance submitted by the Colegio de Abogados de Chile, 2008, § 35; siehe zum Ganzen auch die ausführliche Darstellung bei DERMINE, Forced Labour, S. 111 f. und S. 120 ff., sowie DERMINE, Limitation, S. 69 f.

¹⁸²⁶ Weiteres Beispiel ist etwa die Verpflichtung von Ärzten, gewisse Patient_innen kostenlos zu behandeln, siehe EKMR v. 28.06.1995, Appl. No. 23866/1994, *Reitmayr ./. Österreich*.

dass der Test, ob eine übermäßige Last durch eine Arbeit entsteht, auch generell – unabhängig vom Kriterium der Freiwilligkeit – angewandt wird.¹⁸²⁷

Aufgrund der unterschiedlichen Interpretation der Konzeption der Ausnahmeregelungen führt auch die Verhältnismässigkeitsprüfung unter der EMRK und dem ILO-Übereinkommen Nr. 29 nicht zum selben Resultat: Im Sinne der EMRK werden die durch die Verhältnismässigkeitsprüfung abgesegneten Formen von Arbeit nicht als Zwangsarbeit definiert. Im Rahmen des ILO-Übereinkommens Nr. 29 sind es auch Zwangsarbeitsformen, aber keine, die verboten sind.

Im nächsten Abschnitt wird erarbeitet, welche Kriterien bei der Verhältnismässigkeitsprüfung zu berücksichtigen sind.

C. Konkretisierung des Verhältnismässigkeitstests

1. Legitimes Interesse

- 751 Mit einer Verpflichtung zur Arbeit in einem Programm muss ein legitimes (öffentliches) Interesse verfolgt werden. Dies ergibt sich aus den obigen Ausführungen, wonach nur Massnahmen, die auf einem allgemeinen Interesse beruhen, überhaupt von einer Ausnahme vom Zwangsarbeitsverbot profitieren können. Die ILO anerkennt, dass Arbeitsverpflichtungen für Sozialleistungsempfänger_innen unterschiedliche Gründe haben können. Im Zusammenhang mit legitimen Arbeitsverpflichtungen genannt werden etwa die Reintegration von Langzeitarbeitslosen, die Missbrauchsbekämpfung und – sofern Jugendliche betroffen sind – das Engagement in nützlichen Tätigkeiten anstelle des passiven Leistungsbezugs.¹⁸²⁸ Keine legitimen Interessen sind die in Art. 1 ILO-Übereinkommen Nr. 105 aufgelisteten Gründe. So fallen Arbeitseinsätze für Sozialhilfeempfänger_innen ausser Betracht, wenn es sich dabei um eine Massnahme der Arbeitsdisziplin handelt. Dies wird vom MRA insofern anerkannt, als der Arbeitseinsatz keinen strafenden Charakter haben soll.¹⁸²⁹
- 752 Die Frage nach dem legitimen Interesse steht auch im Zusammenhang mit der Frage nach den Zielen und Erfolgsaussichten eines Programms. Dies wurde bereits i.S. des Rechts auf Arbeit festgehalten und dieser Aspekt wird unter N 809 ff.

¹⁸²⁷ V.a. EGMR v. 11.10.2012, Appl. No. 67724/09, *C.N. und V. ./.* Frankreich, § 74; siehe N 767 ff. ausführlicher dazu.

¹⁸²⁸ ILO, *Eradication*, § 205.

¹⁸²⁹ MRA, *Faure v. Australia*, § 7.5.

vertieft behandelt, hat aber auch bei der Verhältnismässigkeitsprüfung i.S. des Zwangsarbeitsverbots berücksichtigt zu werden. Die legitimen Interessen i.S. des Zwangsarbeitsverbots werden jedoch relativ breit interpretiert und z.B. das Prinzip von Leistung und Gegenleistung kann herangezogen werden.¹⁸³⁰ Dennoch sollte der positive Einfluss der Massnahme auf die Sozialhilfeempfänger_innen Teil des Verhältnismässigkeitstests sein; dieser positive Aspekt kann einen gewissen Zwang in einer Gesamtbetrachtung rechtfertigen.¹⁸³¹

2. Arbeitsbedingungen

Aus der Entscheidung des MRA in *Faure ./.* *Australien* geht hervor, dass erniedrigende und entmenslichende Arbeitsbedingungen im Rahmen von Arbeitsprogrammen nicht akzeptiert würden und dies den Rahmen der «normalen Bürgerpflicht» verlassen würde. Es stellt sich die Frage, was in diesem Kontext «würdige Arbeit» bedeutet. 753

Dazu hat sich das ILO-Expert_innenkomitee ausführlicher geäussert. In einer Untersuchung von zwei chilenischen Arbeitsprogrammen wurde festgehalten, dass ausserordentlich tiefe Entschädigungen – im untersuchten Fall betrugen die Löhne weniger als einen Drittel des Mindestlohnes – sowie das Fehlen von arbeitsrechtlicher oder sozialversicherungsrechtlicher Absicherung die Freiwilligkeit einer Arbeitsleistung in Frage stellen könnten. Dies umso mehr, als die Programmeinsätze über längere Zeit andauerten.¹⁸³² Allgemein sind Arbeitseinsätze mit sehr niedrigen Löhnen gleichbedeutend mit der Ausnützung der Zwangslage der Betroffenen, indem Arbeiten zu Bedingungen angeboten werden, die normalerweise inakzeptabel bzw. unzumutbar wären.¹⁸³³ Hier wird das Zwangsarbeitsverbot mit arbeitsrechtlichen Aspekten verknüpft. Die ILO-Expert_innen haben also realisiert, dass arbeitsrechtliche Schutznormen die Freiheit in einer Arbeitsbeziehung konkreter schützen.¹⁸³⁴ 754

¹⁸³⁰ DERMINE, Limitation, S. 71.

¹⁸³¹ DERMINE, Limitation, S. 75.

¹⁸³² ILO, Representation (article 24), Chile, Convention Nr. 1, 2, 24, 29, 30, 35, 37, 38, 111, Report of the Committee set up to examine the representation submitted by the National Trade Union Co-ordinating Council (CNS), 1986, § 62.

¹⁸³³ ILO, General Report, report III (IA), 1998, ILC, 86th session, § 106.

¹⁸³⁴ DERMINE, Limitation, S. 73.

3. Persönliche Gründe

- 755 Der EGMR hatte sich bisher noch nicht mit einer konkreten Beschwerde zu befassen, die einen Arbeitseinsatz für Sozialhilfeempfänger_innen betraf.¹⁸³⁵ In *Schuitemaker ./. Niederlande* wurde eine Gesetzesänderung angefochten, die Sozialhilfeempfänger_innen verpflichtet, nicht nur zumutbare Arbeit, sondern auch allgemein sozial akzeptierte (*generally socially accepted*) Arbeit zu suchen. Der EGMR betrachtet die Beschwerde als unbegründet: Die Verpflichtung, allgemein sozial akzeptierte Arbeit zu suchen und anzunehmen, könne nicht mit der Verpflichtung zu Zwangs- oder Pflichtarbeit i.S.v. Art. 4 Abs. 2 EMRK gleichgesetzt werden. Präzisierend führte der Gerichtshof aus, dass die niederländische Regelung erlaube, aus Gewissensgründen erhobene Einwände zu berücksichtigen, und Tätigkeiten, die einen Gewissenskonflikt herbeiführen würden, nicht als sozial akzeptierte Arbeiten einzustufen seien. Auch wird im Entscheid Wert darauf gelegt, dass nur allgemein akzeptierte Arbeit und nicht jede Arbeit angenommen werden müsse. Diese Entscheidung wird als Zeichen dafür gewertet, dass der EGMR bereit wäre, unter gegebenen Umständen festzustellen, dass ein Arbeitsprogramm gegen das Verbot der Zwangsarbeit verstößt.¹⁸³⁶
- 756 Die in *Schuitemaker ./. Niederlande* erwähnten Gewissensgründe müssen insbesondere unter Berücksichtigung menschenrechtlich geschützter Sphären präzisiert werden. Die Aussage des EGMR, der Staat sei frei, die Bedingungen für den Leistungsbezug festzulegen, wird damit relativiert.¹⁸³⁷ Selbst wenn es dem Staat im Prinzip freistehen würde, keine oder nur tiefere Sozialhilfeleistungen bereitzustellen, dürfen Bedingungen für den Leistungsbezug z.B. die religiösen Überzeugungen nicht missachten.¹⁸³⁸
- 757 Auch der ECSR legt Wert darauf, dass persönliche Umstände, die das Verrichten einer (spezifischen) Arbeit unmöglich machen, berücksichtigt werden. Explizit erwähnt werden etwa gesundheitliche Hinderungsgründe.¹⁸³⁹ Familiäre Verpflichtungen

¹⁸³⁵ EKMR, *Talmon ./. Niederlande*, und EKMR, *X ./. Niederlande*, betrafen die Arbeitslosenversicherung.

¹⁸³⁶ DERMINE, *Forced Labour*, S. 136; DIES., *Limitation*, S. 72.

¹⁸³⁷ DE SCHUTTER, S. 140; siehe N 744 mit Hinweis auf EGMR, *Schuitemaker ./. Niederlande*.

¹⁸³⁸ DE SCHUTTER, S. 141.

¹⁸³⁹ ECSR, *Conclusions*, XIII-4, Germany, Art. 1-2, 1996; *Conclusions*, XIV-1, Italy, Art. 1-2, 1998; *Conclusions*, XVI-1, United Kingdom, Art. 1-2, 2003.

tungen sind zu berücksichtigen.¹⁸⁴⁰ Weiter werden die Dauer des Arbeitsweges und individuelle Präferenzen und Qualifikationen angesprochen.¹⁸⁴¹ Letztere können auch als Aspekt eines Mitbestimmungsrechts gesehen werden.¹⁸⁴²

Welche spezifischen Arbeiten mit der Religions- oder Gewissensfreiheit, der persönlichen Freiheit und dem Privatleben kollidieren können und wie in der Rechtsprechung bisher die gegenläufigen Interessen gewichtet wurden, wird in Kapitel 13 (N 984 ff.) eingehender dargestellt.

4. Sanktionen – Ausstiegsmöglichkeit

Geht es darum, festzustellen, ob eine Arbeitsverpflichtung eine übermäßige Last 758 darstellt, ist die Frage zentral, welche Sanktionen im Falle einer Ablehnung eines Programmeinsatzes drohen. Der Einbezug dieses Aspekts öffnet den Blick auf die gegenseitige Abhängigkeit der Menschenrechte und verdeutlicht die Notwendigkeit einer integrativen Auslegung von Art. 4 EMRK: Welchen Einfluss auf die soziale Stellung und den Zugang zu einem angemessenen Lebensstandard hat die Ablehnung einer Arbeit?¹⁸⁴³ Das Verbot der Zwangsarbeit wird so mit dem Recht auf soziale Sicherheit verknüpft. Da dies die konkreteren Normen sind, um die Ausgestaltung eines sozialstaatlichen Instruments – der aktivierenden Sozialhilfe – zu beurteilen, ist dies nicht zu beanstanden.¹⁸⁴⁴

Je höher die in Aussicht gestellte (sozialhilferechtliche) Sanktion, desto eher wird 759 eine Arbeitsverpflichtung übermäßig belastend. Führt die angedrohte Sanktion zu einer Verletzung insbesondere der Kernverpflichtungen aus Art. 9 und 11 UN-Pakt I, kann es sich nicht um eine zumutbare, nicht übermäßig belastende Arbeit handeln.

Der ECSR bezieht die Sanktionen bei der Prüfung von Arbeitsverpflichtungen ein. 760 Er hält klar fest, dass einer von einer Kürzung, Unterbrechung oder Einstellung

¹⁸⁴⁰ ECSR, Conclusions, XIII-4, Germany, Art. 1-2, 1996; Conclusions, XVI-1, United Kingdom, Art. 1-2, 2003.

¹⁸⁴¹ ECSR, Conclusions, XIV-1, Italy, Art. 1-2, 1998.

¹⁸⁴² So DERMINE, Limitation, S. 74; siehe auch oben: N 634 f., sowie nachfolgend: N 816.

¹⁸⁴³ Siehe dazu ausführlich: ELEVELD; ebenfalls für eine verknüpfte Betrachtung: DE SCHUTTER; VONK; DERMINE, Forced Labour; DIES., Limitation; DEAKIN.

¹⁸⁴⁴ So auch: DERMINE, Limitation, S. 75.

der Sozialhilfe betroffenen Person die Mittel für den Lebensunterhalt nicht vorenthalten werden sollten.¹⁸⁴⁵

Teilweise wird dies als Aspekt von Art. 13 ESC geprüft und teilweise als Aspekt des Rechts auf Arbeit und des damit verbundenen Verbots der Zwangsarbeit.¹⁸⁴⁶

Unter dem ILO-Übereinkommen Nr. 29 ist die Frage, ob ein Ablehnen einer Position in einem Arbeitsprogramm zum Verlust der Sozialhilfe führt, ebenfalls relevant. Ein irisches Programm wurde u.a. deshalb nicht als Zwangsarbeit qualifiziert, weil eben gerade kein Verlust der Ansprüche drohte.¹⁸⁴⁷

- 761 Auch Sozialhilfeempfänger_innen sollen also eine Möglichkeit zum Ausstieg aus einer Arbeitsbeziehung in einem Beschäftigungsprogramm und die Möglichkeit einer gesicherten Existenz ausserhalb einer Programmteilnahme haben.¹⁸⁴⁸ Diese Ausstiegsmöglichkeit hat nicht attraktiv zu sein, aber es soll zumindest zwischen einer (unattraktiven) Beschäftigung und dem Leben mit einer Grundsicherung gewählt werden können. Es muss also im Sinne einer Härtefallklausel auch den Personen, die von Sanktionen betroffen sind, Unterstützung für den notwendigen Lebensunterhalt geboten werden.¹⁸⁴⁹ Dadurch wird sichergestellt, dass eine gewisse (Wahl-)Freiheit erhalten bleibt und keine Pflichtarbeit verrichtet werden muss.¹⁸⁵⁰
- 762 Ein Aktivierungsmodell, das einseitig auf Anreize zur Rückkehr in ein (prekäres) Arbeitsverhältnis oder ein Beschäftigungsprogramm setzt und strikte Sanktionen bis hin zur Einstellung jeglicher Unterstützung einsetzt, verkennet, dass Freiheit nicht nur negativ i.S. eines Abwehrrechts, sondern auch positiv i.S. einer Mög-

¹⁸⁴⁵ ECSR, Digest, S. 144; siehe bereits: N 658.

¹⁸⁴⁶ Siehe auch: ELEVELD für die Perspektive «Recht auf Fürsorge» und DERMINE, Welfare to Work, für die Perspektive «Zwangsarbeit».

¹⁸⁴⁷ Siehe dazu: KERN MAX, Zur Frage der Vereinbarkeit von Recht und Praxis der Arbeit nach § 16 Abs. 3 SGB II i.V.m. § 31 SGB II mit dem IAO-Übereinkommen Nr. 29 über Zwangs- oder Pflichtarbeit, 1930, <https://www.boeckler.de/pdf_fof/96400.pdf>, besucht am 30.04.2021, S. 36.

¹⁸⁴⁸ DERMINE, Limitation, S. 74.

¹⁸⁴⁹ ELEVELD, S. 455 f.; mit Hinweis auf ECSR, Conclusions 2013, Portugal, Art. 13-1, 2013; Conclusions XX-2, United Kingdom, 2013; Conclusions 2013, Lithuania, Art. 13-1, 2013.

¹⁸⁵⁰ BONVIN JEAN-MICHEL/MOACHON ERIC, Right to Work and Individual Responsibility in Contemporary Welfare States. A Capability Approach to Activation Policies for the Unemployed, in: Dermine Elise/Dumont Daniel (Hrsg.), Activation Policies for the Unemployed, the Right to Work and the Duty to Work, Brüssel 2014, S. 179–205, S. 188.

lichkeit, die Freiheit zu nutzen, zu verstehen ist.¹⁸⁵¹ Die Beeinträchtigung dieser positiven Freiheit erscheint dann übermässig und nicht zumutbar, wenn eine Verbindung der Arbeitsverpflichtungen mit Sanktionen so erfolgt, dass eine menschenunwürdige Bettelexistenz in Aussicht gestellt wird.¹⁸⁵² Eine Theorie von Würde oder Freiheit, die soziale und wirtschaftliche Rechte – also mitunter positive Leistungsansprüche – nicht berücksichtigt, ist ungeeignet zum tatsächlichen Schutz individueller Freiheit und somit auch zum Schutz vor Zwangsarbeit. Die minimale Dispositionsfreiheit, die es i.S. der Menschenwürde zu schützen gilt, legt diesen Schluss ebenfalls nahe (siehe N 614 ff.).

IV. Weitere Anwendungsbereiche des Zwangsarbeitsverbots

A. Arbeiten im Strafvollzug

Die Verpflichtung zur Arbeit im Strafvollzug ist keine Zwangs- oder Pflichtarbeit 763
gem. Art. 4 EMRK resp. gem. ILO-Übereinkommen Nr. 29 vom Anwendungsbereich des Verbots der Zwangsarbeit ausgeschlossen. Von dieser Ausnahme können jedoch gem. Art. 4 Abs. 3 lit. a EMRK nur Arbeiten profitieren, die sich im Rahmen des «Üblichen» bewegen. Da Arbeitsverpflichtungen für Sozialhilfeempfänger_innen nur dann nicht unter das Verbot der Zwangs- und Pflichtarbeit fallen, wenn es sich nicht um eine übermässig belastende Arbeit handelt, interessiert, welche Arbeiten im Strafvollzug «üblich» sind und ob hier Analogien hergestellt werden können. Weitere Schranken für Arbeiten im Strafvollzug ergeben sich u.a. aus dem ILO-Übereinkommen Nr. 105. Die ILO-Organen zeigen eine gewisse Sensibilität für die Bedingungen, unter denen im Freiheitsentzug gearbeitet wird.¹⁸⁵³

«Übliche» Arbeit im Strafvollzug soll nicht der Existenzsicherung, sondern einer 764
erfolgreichen (Re-)Integration in die (Arbeits-)Gesellschaft dienen, worin eine

¹⁸⁵¹ MANTOUVALOU, Labour Rights, S. 548.

¹⁸⁵² MANTOUVALOU, Labour Rights, S. 548, m.H.a. WALDRON, S. 8.

¹⁸⁵³ Siehe z.B. ILO, alliance, S. 27 ff.; ILO, coercion, S. 58 ff.; so auch MANTOUVALOU, Prohibition, S. 152; siehe insbes. zur Frage der Streikfreiheit bei der Arbeit im Strafvollzug: FREI NIC, Kein schöner Ort: Arbeit im Strafvollzug und der Fall Thorberg, Zürich 2018; ausführlich zur Arbeit im Strafvollzug und zum Verbot der Zwangsarbeit in Deutschland: DAHMEN.

Parallele zu sozialhilferechtlichen Beschäftigungsverhältnissen gesehen werden kann. Dies bringt der EGMR in seiner Rechtsprechung im Fall *Meier ./. Schweiz* klar zum Ausdruck: Auch Gefangene, die das AHV-Rentenalter erreicht haben, können weiterhin zu Arbeiten i.S.v. Art. 4 Abs. 3 lit. a EMRK verpflichtet werden.¹⁸⁵⁴ Der EGMR folgte im Wesentlichen dem Bundesgericht, indem er festhielt, dass sich die Arbeitspflicht mit der Vermeidung von Haftschäden rechtfertige. Eine angepasste und zumutbare Arbeit könne dabei helfen, den Alltag zu strukturieren und eine sinnvolle Aktivität aufrechtzuerhalten.¹⁸⁵⁵ Die AHV sei nicht dazu gedacht, die Arbeitspflicht im Strafvollzug bei Erreichen des Rentenalters abzulösen. Vielmehr sei das Rechtsinstitut der Altersrente nicht in das Vollzugssystem übertragbar: Die Arbeit im Vollzug diene nicht dazu, den Lebensunterhalt zu finanzieren, die AHV hingegen schon.¹⁸⁵⁶ Eine analoge Argumentationslinie lag auch bereits dem Urteil *Stummer ./. Österreich* zu Grunde, wo es zu beurteilen galt, ob strafgefangene Arbeiter_innen in die Rentenversicherung einzubeziehen sind. Auch dies wurde im Ergebnis verneint und somit festgestellt, dass der Rahmen des «Üblichen» nicht verlassen wird, wenn eine Arbeit im Strafvollzug nicht sozialversicherungsrechtlich abgedeckt ist.¹⁸⁵⁷

Die Entscheidungen *Stummer ./. Österreich* und *Meier ./. Schweiz* können mit Blick auf die integrative Auslegung der EMRK kritisch betrachtet werden. Der EGMR bezieht kaum soziale Rechte und Arbeitsrechte in die Auslegung des Zwangsarbeitsverbots ein.¹⁸⁵⁸ Kritisiert wurde dies nicht nur in der Literatur,¹⁸⁵⁹ sondern auch in einer abweichenden Meinung der Richterin Tulkens im Fall *Stummer ./. Österreich*, die das Zugehören eines Beurteilungsspielraums bei einem nicht einschränkbaren Recht kritisiert. Gerechtigkeit mache nicht am Gefängnistor halt.¹⁸⁶⁰

¹⁸⁵⁴ EGMR v. 09.02.2016, Appl. No. 10109/14, *Meier ./. Schweiz*; siehe auch BGE 139 I 180.

¹⁸⁵⁵ EGMR, *Meier ./. Schweiz*, § 73; die Perspektive der Langzeitgefangenen ist bei *Meier* besonders relevant, da der Vollzug seiner Freiheitsstrafe zugunsten einer Verwahrung aufgeschoben wurde.

¹⁸⁵⁶ BGE 139 I 180, E. 1.8.

¹⁸⁵⁷ EGMR, *Stummer ./. Österreich*, § 133.

¹⁸⁵⁸ Kritisch: MANTOUVALOU, Prohibition, S. 157; befürwortend hingegen: SCHUBERT, N 12 zu Art. 4 EMRK.

¹⁸⁵⁹ Siehe MANTOUVALOU, Prohibition, S. 153 f.

¹⁸⁶⁰ EGMR, *Stummer ./. Österreich*, abweichende Meinung Richterin Tulkens, § 9 mit Hinweis auf EGMR v. 28.06.1984, Appl. No. 7819/77; 7878/77, *Campbell und Fell ./. Vereinigtes Königreich*, § 69.

Selbst der eher restriktiven Auslegung der «üblichen» Arbeit im Strafvollzug durch den EGMR¹⁸⁶¹ im Urteil *Meier ./. Schweiz* ist zu entnehmen, dass persönliche Umstände wie das Alter, der gesundheitliche Zustand und die Fähigkeiten bei der Zuweisung von Arbeit mitzuberücksichtigen sind.¹⁸⁶² Dies bedingt insbesondere, dass die Arbeitspflicht der persönlichen Situation angepasst wird.¹⁸⁶³ Ansonsten wird der Rahmen des «Üblichen», oder des in diesem Kontext Zumutbaren, verlassen.

Bei Strafgefangenen handelt es sich um diejenige Personengruppe, deren persönliche Freiheit durch staatliche Zwangsmassnahmen in einem unvergleichbaren Ausmass eingeschränkt wird. Selbst in diesem Verhältnis können Arbeitsverpflichtungen nur in gewissen Grenzen stattfinden. Sozialhilfeempfänger innen weitergehenden Einschränkungen in ihrer Freiheit im Arbeitsbereich zu unterwerfen, ist m.E. nicht zu rechtfertigen, womit das Alter, die Gesundheit, die Fähigkeiten und die persönliche Situation auch im Sozialhilferecht über die Zumutbarkeit einer Arbeit mitbestimmen sollten.

¹⁸⁶¹ Zur wesentlich umfassenderen Prüfung der Arbeitsbedingungen im Strafvollzug durch den ESCR siehe: DERMINE ELISE/DE GREEF VANESSA, Le droit au travail librement entrepris (Art. 1er, § 2 de la CSE) face aux situations de travail non protégées par le droit social. Les cas du travail pénitentiaire et des mesures de *workfare*, in: Dorssemont Filip/Van Drooghenbroeck Sébastien/Van Limberghen Guido (Hrsg.), Charte sociale européenne, droits sociaux et droits fondamentaux au travail, Brügge 2016, S. 309–343; der WSK-Ausschuss hat von der Schweiz detaillierte Informationen zu den Arbeitsbedingungen und zum Lohn von Gefängnisinsassen gefordert, siehe: WSK-Ausschuss, Concluding Observations, Switzerland, 2010, § 27; eine Forderung, die m.E. im WSK-Ausschuss, Staatenbericht Schweiz, 2018, § 133, nur unbefriedigend erfüllt wurde; siehe auch bspw.: ECSR, Conclusions XXI-1, Deutschland, Art. 1-2, 2016, wo festgestellt wurde, dass, wenn der nächste Bericht Deutschlands keine Informationen zur Entschädigung, zur Arbeitsdauer und zu anderen Arbeitsbedingungen sowie zur sozialversicherungsrechtlichen Stellung der Strafgefangenen, die in der Privatwirtschaft arbeiteten, enthalte, eine Verletzung des Zwangsarbeitsverbots festgestellt werden müsse.

¹⁸⁶² EGMR, *Meier ./. Schweiz*, § 74 f.

¹⁸⁶³ EGMR, *Meier ./. Schweiz*, § 75.

B. Menschenhandel, Leibeigenschaft und staatliche Schutzpflichten

- 767 Unter der EMRK wurde bisher vor allem (zur Ausnahme siehe N 772 unten) in Fällen von Menschenhandel und damit verbundener Leibeigenschaft eine Verletzung von Art. 4 EMRK festgestellt. Dabei wurde wesentlich auf die staatlichen Schutzpflichten aufgebaut und in einer Serie von Fällen, beginnend mit *Siliadin ./. Frankreich*¹⁸⁶⁴ über *Rantsev ./. Zypern und Russland*¹⁸⁶⁵ bis zu *C.N. und V. ./. Frankreich*¹⁸⁶⁶ und *Chowdury u.a. ./. Griechenland*¹⁸⁶⁷ festgehalten, dass EMRK-Mitgliedstaaten verpflichtet seien, ein effektives System zur Bekämpfung von Zwangs- und Pflichtarbeit sowie von Menschenhandel bereitzustellen. Insbesondere die Arbeitsbedingungen in den Fällen *Siliadin ./. Frankreich*, *C.N. und V. ./. Frankreich* und *Chowdury u.a. ./. Griechenland* zeigen, welche Umstände als Verletzung von Art. 4 EMRK gelten, während in *Rantsev ./. Zypern und Russland* eher im Vordergrund stand, ob Menschenhandel ebenfalls von Art. 4 EMRK erfasst ist. Dies wurde bejaht, worauf nachfolgend nicht näher eingegangen wird.
- 768 In den Fällen *Siliadin ./. Frankreich* und *C.N. und V. ./. Frankreich* wurden jungen Migrantinnen mit ungesichertem Aufenthaltsstatus die Pässe von ihren «Arbeitgeber_innen» abgenommen. Sie waren damit der Gefahr ausgesetzt, bei den Migrationsbehörden angezeigt zu werden, was in ihnen die Furcht vor einer Abschiebung und dem Tod im Heimatland schürte. Die Beschwerdeführerinnen wurden als Dienstmädchen angestellt und mussten dabei überaus lange Arbeitstage von bis zu 15 Stunden und zusätzliche Betreuungsaufgaben während der Nacht bewältigen.¹⁸⁶⁸ Der Besuch einer Ausbildung oder Schule wurde zwei der drei Beschwerdeführer_innen verwehrt. Beahlt wurden die Beschwerdeführerinnen nicht und ihre Unterbringung war rudimentär.¹⁸⁶⁹ Dadurch wurden die jungen Frauen Opfer von Leibeigenschaft. Frankreich hatte seine Schutzpflichten verletzt, indem keine adäquaten Straftatbestände zur Verfolgung der Täter_innen zur Verfügung standen.¹⁸⁷⁰

¹⁸⁶⁴ EGMR v. 26.07.2005, Appl. No. 73316/01, *Siliadin ./. Frankreich*.

¹⁸⁶⁵ EGMR v. 07.01.2010, Appl. No. 25965/04, *Rantsev ./. Zypern und Russland*.

¹⁸⁶⁶ EGMR v. 11.10.2012, Appl. No. 67724/09, *C.N. und V. ./. Frankreich*.

¹⁸⁶⁷ EGMR v. 30.03.2017, Appl. No. 21884/15, *Chowdury u.a. ./. Griechenland*.

¹⁸⁶⁸ EGMR, *Siliadin ./. Frankreich*, § 120, 129.

¹⁸⁶⁹ EGMR, *Siliadin ./. Frankreich*, § 143 f.; EGMR, *C.N. und V. ./. Frankreich*, § 94, § 108.

¹⁸⁷⁰ EGMR, *Siliadin ./. Frankreich*, § 148 f.; EGMR, *C.N. und V. ./. Frankreich*, § 108.

Nicht Opfer einer Verletzung von Art. 4 EMRK war die Beschwerdeführerin, die erst bei der Hausarbeit helfen musste, sobald sie ihre Hausaufgaben erledigt hatte. Der Umfang der Hausarbeit, die sie verrichten musste, habe die Grenzen des Zumutbaren im Rahmen eines gemeinsamen Haushalts nicht überschritten.¹⁸⁷¹ Hier wandte der EGMR den Test der übermässigen Last als ein unabhängiges Kriterium an und nicht in Relation zu allfälligen Vorteilen, die an die zukünftige Ausübung eines Berufs geknüpft werden, wie dies noch im Fall *Van der Mussele*./ *Belgien* geschehen war (siehe N 750). 769

In *Chowdury u.a. ./ Griechenland* gelangten 42 Bangladescher_innen an den EGMR, die in Griechenland ohne Arbeitsbewilligung auf Erdbeerfeldern gearbeitet hatten. Sie arbeiteten zwölf Stunden am Tag im Gewächshaus und wurden von Bewaffneten überwacht. Ihre Unterkünfte hatten keine Toiletten oder fliessend Wasser. Die vereinbarten Löhne¹⁸⁷² wurden nicht bezahlt. Den Arbeiter_innen wurde zunächst gesagt, sie erhielten die Löhne nur, wenn sie weiterarbeiteten. Später wurde ihnen gesagt, dass sie nicht bezahlt würden und sie getötet würden, falls sie nicht weiterarbeiten würden.¹⁸⁷³ Als die Arbeiter_innen wiederholt die Bezahlung der Löhne verlangten, wurde auf sie geschossen und u.a. wurden 21 Beschwerdeführer_innen schwer verletzt.¹⁸⁷⁴ Die Beschwerdeführer_innen machten geltend, dass ihre Arbeitsbedingungen Zwangs- und Pflichtarbeit darstellten und Griechenland sie ungenügend vor Zwangsarbeit geschützt habe.¹⁸⁷⁵ Um festzustellen, ob es sich um Zwangs- und Pflichtarbeit handelte, stützte sich der EGMR auch auf die *Van der Mussele* ./ *Belgien*-Entscheidung und prüfte, ob es sich um eine übermässige Last handelte.¹⁸⁷⁶ Die Beschwerdeführer_innen hätten sich als undokumentierte Migrant_innen in einer verletzlichen Situation befunden und die Arbeitgeber_innen hätten diese Verletzlichkeit ausgenutzt. Es liege klar eine Form von Zwangs- und Pflichtarbeit und Menschenhandel vor.¹⁸⁷⁷ Griechenland habe seine Schutzpflichten aus Art. 4 Abs. 2 EMRK verletzt, da weder genügend 770

¹⁸⁷¹ EGMR, *C.N. und V. ./ Frankreich*, § 74.

¹⁸⁷² Vereinbarung waren 22 Euro für einen 7-Stunden-Arbeitstag, plus 3 Euro für jede zusätzliche Stunde; EGMR, *Chowdury u.a. ./ Griechenland*, § 7.

¹⁸⁷³ EGMR, *Chowdury u.a. ./ Griechenland*, § 98.

¹⁸⁷⁴ EGMR, *Chowdury u.a. ./ Griechenland*, § 8.

¹⁸⁷⁵ EGMR, *Chowdury u.a. ./ Griechenland*, § 58.

¹⁸⁷⁶ EGMR, *Chowdury u.a. ./ Griechenland*, § 90.

¹⁸⁷⁷ EGMR, *Chowdury u.a. ./ Griechenland*, § 100.

präventive Massnahmen gegen Menschenhandel ergriffen worden seien noch die Opfer genügend Schutz erhielten.¹⁸⁷⁸

- 771 Es sind wohl diese Fälle, die schwerwiegende Verletzungen von Menschen- und Arbeitsrechten aufzeigen, welche die hier untersuchte Frage, ob Arbeitsverpflichtungen für Sozialhilfeempfänger_innen Zwangs- und Pflichtarbeit sind, zu einer stark polarisierenden Frage werden lassen.¹⁸⁷⁹ Durch diese Perspektive werden die Entwicklung der oben erläuterten Verhältnismässigkeitsprüfung und die restriktive Anwendung des Verbots der Zwangs- und Pflichtarbeit verständlich. Dennoch finden sich hier weitere Eckpunkte von nicht zumutbarer (Zwangs-)Arbeit, nämlich etwa Arbeit unter exzessiver Überwachung, exzessive Arbeitszeiten und die Androhung weiterer Nachteile wie eine Ausschaffung oder körperliche Gewalt.

Ebenfalls vorwiegend mit der Zwangsarbeit, die in der Privatwirtschaft verrichtet wird, und den staatlichen Schutzpflichten zur Prävention und Bekämpfung solcher ausbeuterischer Arbeitsverhältnisse beschäftigt sich das ILO-Protokoll von 2014 zum ILO-Übereinkommen Nr. 29, welches für die Schweiz im September 2018 in Kraft getreten ist.¹⁸⁸⁰

C. Staatlich angeordnete Massnahmen

- 772 Die Entscheidung *Chitos ./. Griechenland*¹⁸⁸¹ ist soweit ersichtlich die bisher einzige, in der unter der EMRK eine Verletzung der staatlichen Unterlassungspflichten, die aus dem Verbot der Zwangsarbeit entstehen, festgestellt wurde.¹⁸⁸²
- 773 Dabei war ein Sachverhalt zu beurteilen, der erst auf den zweiten Blick als Zwangsarbeit identifiziert werden kann: Ein Arbeitnehmer, dem von seiner Arbeitgeberin (Militärakademie) eine medizinische Ausbildung bezahlt wurde, verpflichtete sich, während insgesamt 23 Jahren seine Ausbildung abzuarbeiten. Als er kündig-

¹⁸⁷⁸ EGMR, *Chowdury u.a. ./. Griechenland*, § 128.

¹⁸⁷⁹ PAZ-FUCHS, forced labour, S. 31, führt insbesondere *Siliadin ./. Frankreich* an, um zu argumentieren, Arbeitsverpflichtungen von Sozialhilfeempfänger_innen erreichten nicht die geforderte Schwere; vgl. PAZ-FUCHS/ELEVELD, S. 31; DE SCHUTTER, S. 143.

¹⁸⁸⁰ Protokoll zum Übereinkommen über Zwangsarbeit, 1930, vom 11. Juni 2014, SR 0.822.713.91.

¹⁸⁸¹ EGMR v. 04.06.2015, Appl. No. 51637/12 v. 04.06.2015, *Chitos ./. Griechenland*.

¹⁸⁸² In den Urteilen EGMR, *Karlheinz Schmidt ./. Deutschland*, und EGMR v. 20.06.2006, Appl. No. 17209/02, *Zarb Adami ./. Malta*, wurde jeweils eine Verletzung von Art. 4 i.V.m. Art. 14 EMRK festgestellt, weil im ersten Fall die Feuerwehersatzabgabe nur Männern auferlegt wurde und im zweiten Fall in der Praxis (fast) nur Männer verpflichtet wurden, im Geschworenengericht zu dienen.

te, wurde ihm mitgeteilt, dass er entweder noch neun weitere Jahre Dienst leisten müsse oder dem Staat Kosten in der Höhe von EUR 106'960 zu erstatten habe. Diese Summe sei sofort zahlbar. Durch Zinsen und Gebühren erhöhte sich der Betrag auf EUR 112'155.69. Der Beschwerdeführer bezahlte diese Summe – später erhielt er EUR 59'749.61 zurückerstattet.

Der EGMR hielt fest, die Verpflichtung, während einer gewissen Dauer Dienst zu leisten resp. die Ausbildungsbeiträge bei früherem Ausscheiden zurückzubezahlen, sei an sich nicht problematisch. Auch die schliesslich geforderte Summe von EUR 49'978.33 sei nicht unzumutbar hoch. Jedoch sei i.S. der *Van der Musselle*-Rechtsprechung die Verpflichtung zur sofortigen Zahlung der Gebühr unter Androhung, dass sich diese Summe bei Nichtbezahlung durch weitere Zinsen und Gebühren erhöhe, eine unverhältnismässige Last im Vergleich zu den Vorteilen, die der Beschwerdeführer aus der künftigen Ausübung seines Berufes ziehe. Der Beschwerdeführer habe keine andere Wahl gehabt, als die geforderte Gebühr zu bezahlen. Mit dieser Druckausübung habe Griechenland das Zwangsarbeitsverbot verletzt.¹⁸⁸³ 774

Daraus lässt sich schliessen, dass eine an sich zulässige Regelung in Verbindung mit spezifischen Umständen (sofortige Zahlbarkeit unter Erhöhung der Forderung bei Unterlassen), übermässigen Druck auf eine Person zum Verbleiben an einer Arbeitsstelle ausüben kann und somit zu Zwangsarbeit führen kann. Hier wird auch deutlich, dass der Arbeit kein erniedrigendes Element anhaften muss, um als Zwangsarbeit zu gelten. Vielmehr muss in jeder (würdigen) Arbeitsbeziehung auch eine Möglichkeit zur (würdigen) Beendigung gegeben sein. Dies unterstreicht, dass es Sozialhilfeempfänger_innen möglich sein muss, eine Programmstelle nicht anzutreten oder sie zu verlassen, ohne dabei Gefahr zu laufen, einer unwürdigen Bettelexistenz überlassen zu werden. 775

V. Zwischenfazit und Beurteilung der Praxis

Das Verbot der Zwangs- und Pflichtarbeit bietet *kein prinzipielles Argument gegen Arbeitsverpflichtungen für Sozialhilfeempfänger_innen*. Die beiden Definitionselemente der Androhung einer Strafe und der fehlenden Freiwilligkeit sind zwar erfüllt. Dennoch hat sich gezeigt, dass im Rahmen eines Verhältnismässigkeits- 776

¹⁸⁸³ EGMR, *Chitos ./. Griechenland*, § 109.

tests geprüft werden muss, ob eine Arbeitsverpflichtung zu einer übermässigen Belastung für die Betroffenen führt. Falls dies verneint werden kann, liegt i.S. der EMRK keine Zwangsarbeit vor und i.S. des ILO-Übereinkommens Nr. 29 liegt eine vom Schutzbereich des Übereinkommens ausgenommene Form der Zwangsarbeit vor. Dies zeigt, dass eine *Prüfung im Einzelfall* notwendig ist und nicht generell davon ausgegangen werden kann, dass sozialhilferechtliche Beschäftigungsprogramme keine Zwangsarbeit darstellen. Entsprechend ist die schweizerische Rechtsprechung zu kritisieren, wenn davon gesprochen wird, dass Beschäftigungsprogramme «grundsätzlich» keine Zwangsarbeit seien, und Beschwerdeführer_innen, die sich darauf berufen, vorgehalten wird, sie verhielten sich querulatorisch und ihre Klage entbehre jeglicher Grundlage.¹⁸⁸⁴

- 777 Die untersuchten Bestimmungen in Bezug auf die *Verhältnismässigkeitsprüfung* bei Arbeitsverpflichtungen für Sozialhilfeempfänger_innen können v.a. dann fruchtbar gemacht werden, wenn eine evolutive und integrative Auslegung angewandt wird.¹⁸⁸⁵ Mit diesem Blick auf wirtschaftliche und soziale Rechte können folgende Kriterien für eine Verhältnismässigkeitsprüfung etabliert werden, wobei sich zeigt, dass nicht alle dieser Kriterien in der schweizerischen Praxis umfassend berücksichtigt werden:
- 778 Zunächst hat ein Arbeitseinsatz ein *legitimes Interesse* zu verfolgen. Diesbezüglich ist die internationale Praxis relativ grosszügig, aber auf keinen Fall soll ein Arbeitseinsatz zur Bestrafung oder Disziplinierung erfolgen. Es klingt auch hier an: Ein Arbeitseinsatz sollte der Reintegration dienen. Entsprechend ist die Position des Bundesgerichts, das von einer «gerichtsnotorischen» Wirksamkeit der Programme ausgeht, zu kritisieren. Ebenfalls ist es problematisch, wenn Programme wie die Abklärungsplätze mit dem Ziel eingesetzt werden, unkooperative Sozialhilfeempfänger_innen zu bestrafen. Dies scheint tatsächlich eine disziplinierende Massnahme zu sein, die so nicht mit dem Zwangsarbeitsverbot vereinbar ist.¹⁸⁸⁶
- 779 Die *Arbeitsbedingungen* sind umfassend zu berücksichtigen; sie dürfen nicht Ausdruck einer Ausbeutung einer Zwangslage der Betroffenen sein, indem Arbeitsbedingungen angeboten werden, die ansonsten nicht zumutbar wären. Der fehlende Schutz des Arbeitsrechts und die fehlende Unterstellung unter die soziale

¹⁸⁸⁴ So aber: VerwG SZ, Urteil III 2008 149 v. 29.10.2008, E. 3.2; ähnlich prinzipiell: VerwG ZH, Urteil VB.2017.00253 v. 04.09.2017, E. 4.5.

¹⁸⁸⁵ Explizit auch für eine integrative Auslegung von Art. 4 EMRK: DEAKIN, S. 161; DERMINE, Forced Labour, S. 138.

¹⁸⁸⁶ So auch: STUDER/PÄRLI, Duty to Work, S. 101 f.

Sicherheit sind Anzeichen für eine solche Ausbeutung. Dasselbe gilt für (sehr) tiefe Löhne.

In der Schweiz werden in Beschäftigungsprogrammen mitunter sehr tiefe Löhne, die sich nicht annähernd auf dem Niveau eines angemessenen Mindestlohns¹⁸⁸⁷ befinden, bezahlt und nicht entlohnte Programme sind zumutbar.¹⁸⁸⁸ Damit wird die Zwangslage der Sozialhilfeempfänger_innen ausgenutzt und Arbeitsbedingungen propagiert, die ansonsten nicht akzeptabel wären.¹⁸⁸⁹ Zudem ergibt sich aus dem Vergleich mit weiteren Anwendungsbereichen des Zwangsarbeitsverbots, dass eine exzessive Überwachung,¹⁸⁹⁰ exzessive Arbeitszeiten und drohende Nachteile beim Verlassen der Arbeitsstelle ein Arbeitsverhältnis zu Zwangsarbeit werden lassen können. Ebenso ist zu kritisieren, dass diese Beschäftigungen keine soziale Sicherheit bieten. Diese Aspekte sind in Kapitel 11 zu vertiefen.

Persönliche Gründe müssen in die Abwägung einfließen. Diese sind insbesondere unter Berücksichtigung von grundrechtlich geschützten Freiheiten zu konkretisieren.¹⁸⁹¹ Mit Blick auf die üblicherweise zumutbaren Arbeiten im Strafvollzug sind das Alter, die Fähigkeiten und der Gesundheitszustand zu berücksichtigen. Diesbezüglich muss in der schweizerischen Praxis ein *verstärkter Fokus auf die Fähigkeiten* der Sozialhilfeempfänger_in gefordert werden und eine Abkehr vom Grundsatz, dass eine Unterforderung akzeptiert werden muss. Ebenfalls spricht dies dafür – entgegen der heutigen restriktiven Praxis –, auch die persönlichen Verhältnisse explizit bei der Beurteilung der Zumutbarkeit eines Beschäftigungsprogramms zu berücksichtigen.

Es ist zu prüfen, welche *Sanktion* bei einer Nichtteilnahme am Beschäftigungsprogramm droht. Eine Arbeitspflicht ist dann eine übermässige Last, wenn nicht jederzeit eine Mindestsicherung – auch beim Ablehnen der Arbeit – gewahrt wird. Dementsprechend ist auch i.S. des Zwangsarbeitsverbots *eine völker- und grundrechtskonforme Anpassung der Auslegung des Subsidiaritätsprinzips* gem. Art. 12 BV zu fordern. Die Teilnahme an einem Beschäftigungsprogramm soll nicht Anspruchsvoraussetzung für den Erhalt einer Mindestsicherung sein. Es hat eine *Ausstiegsmöglichkeit* zu bestehen. Daher sind die Abklärungsplätze in

¹⁸⁸⁷ Siehe dazu: Kapitel 11, insbes. N 870 ff.; BGE 143 I 403: Ein Mindestlohn von CHF 20 ist (gerade) ausreichend für eine angemessene Existenzsicherung.

¹⁸⁸⁸ Vgl. N 383 und N 414 ff.

¹⁸⁸⁹ So auch: STUDER/PÄRLI, Duty to Work, S. 103.

¹⁸⁹⁰ Siehe dazu vertiefter: Kapitel 13, N 1019 ff.

¹⁸⁹¹ Siehe dazu: Kapitel 13.

Bern¹⁸⁹² auch unter dem Verbot der Zwangsarbeit kritisch zu beurteilen. Es ist darauf hinzuweisen, dass dies auch bei Programmen, die nicht entlöhnt sind und damit nicht unter Anwendung des Subsidiaritätsprinzips zum Verlust der Anspruchsberechtigung führen können, zu beachten ist. Diesfalls droht zwar nicht der Verlust der Nothilfe gem. Art. 12 BV, womit an sich eine Ausstiegsmöglichkeit gegeben ist. Jedoch wird diese untergraben, wenn die Teilnahme an einem nicht entlöhnten Programm mit einer Strafandrohung verbunden wird: Die Wahl zwischen einer (nicht entlöhnten) Arbeitsstelle und einer strafrechtlichen Sanktion ist in jedem Fall als übermässig belastend anzusehen.¹⁸⁹³

- 783 Dass eine (würdige) Möglichkeit zur Beendigung einer Arbeitsbeziehung gegeben sein muss, wird auch durch die Entscheidung *Chitos ./. Griechenland* verdeutlicht. Dies ist zu berücksichtigen, wenn das Verlassen eines Programmplatzes sanktioniert wird, denn so wird eine Kündigung indirekt mit einer Strafzahlung verbunden. Diese darf nicht so ausgestaltet sein, dass das Ausüben der Ausstiegsmöglichkeit faktisch verunmöglicht wird. Zum Beispiel in VerwG ZH, Urteil VB.2016.00335 v. 28.09.2016, führte die Kündigung des Arbeitseinsatzes durch den Sozialhilfeempfänger zu einer Kürzung des GBL um 15 % für sechs Monate, was total CHF 882.90 ausmacht und beinahe dem GBL für einen Monat entspricht: Ist es übermässig belastend, sich mit einem solchen Betrag aus einer Arbeitsbeziehung «freizukaufen»? Anders als bei *Chitos* wird mit der Sanktion nicht etwa eine erhaltene Ausbildung abgegolten, sondern die Ausübung der vermeintlichen Kündigungsfreiheit, welche normalerweise mit einem Arbeitsvertrag zusammenhängt.
- 784 An sich ist festzuhalten, dass, wenn die *Vorgaben von Art. 16 AVIG* zur Beurteilung der Zumutbarkeit einer Arbeit berücksichtigt würden, Konflikte mit dem Zwangsarbeitsverbot vermieden werden könnten, da damit die Arbeitsbedingungen und die persönlichen Verhältnisse und Fähigkeiten berücksichtigt würden. Jedoch bleibt auch hier zu berücksichtigen: Die Arbeitsverpflichtung kann auch unter den Bedingungen von Art. 16 AVIG zu einer übermässigen Last und somit zu (verbotener) Zwangsarbeit werden, wenn keine Möglichkeit zum Ausstieg aus der Arbeitsbeziehung offensteht, die nicht in einer unwürdigen Bettelexistenz endet. Im System der ALV besteht eine solche Ausstiegsmöglichkeit: Entweder eine Person verfügt über eigene Mittel zur Existenzsicherung, oder sie wird durch die Sozialhilfe ergänzend unterstützt.

¹⁸⁹² Siehe N 330 ff.

¹⁸⁹³ So auch: STUDER/PÄRLI, *Duty to Work*, S. 100.

Damit zeigt das Zwangsarbeitsverbot die Notwendigkeit auf, einen *Programmeinsatz in seiner Gesamtheit zu beurteilen* und von pauschalen Urteilen abzusehen. 785
Dadurch wird auch das sozialhilferechtliche Individualisierungsprinzip verstärkt durchgesetzt.

Entsprechende Beispiele finden sich in anderen europäischen Ländern: Ein niederländisches Gericht hat die Sanktion gegen einen akademisch gebildeten Sozialhilfeempfänger aufgehoben, weil nicht klar sei, wie seine Teilnahme am angeordneten Programm (Gartenaktivitäten und Verpacken von Kisten) ihm bei der Reintegration in den ersten Arbeitsmarkt helfe. In einem *obiter dictum* hielt das Gericht fest, die Sanktion könne gegen das Zwangsarbeitsverbot verstossen.¹⁸⁹⁴ Das tschechische Verfassungsgericht erklärte die Workfare-Reform des Parlaments über weite Teile für verfassungswidrig: Die Verbindung einer Weisung zur Teilnahme an einem Beschäftigungsprogramm mit dem Ausschluss aus der Anspruchsberechtigung führe dazu, dass der Staat Arbeitslose zwingt, Arbeit zu Bedingungen anzunehmen, die ansonsten nicht akzeptabel wären. Problematisch eingeschätzt wurde insbesondere, dass die Regelungen nicht in einem Gesetz, sondern in Weisungen enthalten waren und den Behörden einen grossen Ermessensspielraum eröffneten, welcher zu Willkür führe.¹⁸⁹⁵

¹⁸⁹⁴ DE LE COURT, S. 71, m.H.a. Rechtbank Arnhem, AWB 07/5115, BF7284 v. 08.10.2008; dazu auch: PAZ-FUCHS/ELEVELD, S. 42.

¹⁸⁹⁵ Czech Constitutional Court, 27.11.2012, englische Übersetzung unter: <https://www.usoud.cz/fileadmin/user_upload/ustavni_soud_www/Decisions/pdf/Pl_US_1-12.pdf>, besucht am 30.04.2021; dazu auch: VONK, S. 200.

Kapitel 10 Recht auf frei gewählte Arbeit

I. Einleitung und Quellen

- 786 Wie das Verbot der Zwangsarbeit schützt auch das Recht auf frei gewählte Beschäftigung die Freiheit, eine Arbeit anzunehmen, hat aber einen weiteren Schutzbereich als das Verbot der Zwangsarbeit. Dies wird auch von Autor_innen anerkannt, die in Bezug auf die Anwendbarkeit des Verbots von Zwangsarbeit auf die hier untersuchte Situation skeptisch sind.¹⁸⁹⁶ Es gilt nachfolgend zu klären, welche (zusätzlichen) Anforderungen an eine zumutbare Arbeit für Sozialhilfeempfänger_innen aus dem Recht auf frei gewählte Beschäftigung fließen.
- 787 Das Recht auf freie Berufswahl findet sich in Art. 23 Ziff. 1 AEMR und kann neben dem Verbot der Zwangsarbeit als eine abwehrrechtliche Dimension des Rechts auf Arbeit gem. Art. 6 UNPakt I eingeordnet werden.¹⁸⁹⁷ Daneben sind weiteren internationalen Instrumenten Normen zum Schutz der freien Berufswahl zu entnehmen: Das bereits erwähnte ILO-Übereinkommen Nr. 122 sieht die staatliche Pflicht vor, die «volle, produktive und frei gewählte Beschäftigung zu fördern»,¹⁸⁹⁸ und das ILO-Expert_innenkomitee hat sich unter diesem Aspekt bereits zu Beschäftigungsprogrammen für Sozialhilfeempfänger_innen geäußert. Die EMRK schützt das Ergreifen eines Berufs und die Möglichkeit, erwerbstätig zu sein, als Teil des durch Art. 8 EMRK geschützten Privatlebens.¹⁸⁹⁹ Die ESC schützt das Recht auf frei gewählte Beschäftigung als Teilaspekt des Rechts auf Arbeit in Art. 1 Abs. 2 ESC.
- 788 Die Bundesverfassung gewährleistet die Wirtschaftsfreiheit und als Teilaspekt davon die freie Wahl des Berufes, den freien Zugang zu einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit und deren freie Ausübung (Art. 27 Abs. 2 BV).
- 789 Um den Einfluss des Rechts auf frei gewählte Beschäftigung zu klären, wird erläutert, wie die eben erwähnten Normen das Recht auf frei gewählte Beschäftigung

¹⁸⁹⁶ PAZ-FUCHS/ELEVELD, S. 38.

¹⁸⁹⁷ MUNDLAK, employment policy, S. 192.

¹⁸⁹⁸ Siehe zum Aspekt der Vollbeschäftigung auch N 692.

¹⁸⁹⁹ Ausdrücklich auch: BGE 138 I 246, E. 3.2.1; mit Verweis auf EGMR, *Sidabras und Dziautas* ./ Litauen, § 42 ff., und weiteren Hinweisen.

definieren (II). Hauptsächlich wird anhand von Rechtsprechung und Beobachtungen der internationalen Vertragsorgane untersucht, wie das Recht auf frei gewählte Beschäftigung im Zusammenhang mit sozialhilferechtlichen Beschäftigungsprogrammen konkretisiert wurde und welche zusätzlichen Kriterien sich dabei zur Beurteilung der Zumutbarkeit einer Arbeit in einem solchen Programm ergeben (III). Zusammenfassend wird geklärt, ob dies in der schweizerischen Praxis respektiert wird (IV).

II. Definitionen und Schutzbereich

A. Abgrenzung zum Verbot der Zwangsarbeit

Zwischen dem Recht auf frei gewählte Beschäftigung und dem Verbot der Zwangsarbeit besteht eine enge Verbindung. Die Schutzbereiche sind nicht eindeutig zu unterscheiden. Grundsätzlich weist das Verbot der Zwangsarbeit einen engeren Schutzbereich auf als das Recht auf frei gewählte Beschäftigung. Dies gilt auch für das Recht auf freie Berufswahl gem. Art. 27 Abs. 2 BV: Das Zwangsarbeitsverbot wird als Kerngehalt der Berufsfreiheit gesehen,¹⁹⁰⁰ dementsprechend geht der Schutzbereich der Berufsfreiheit über denjenigen des Verbots der Zwangsarbeit hinaus.¹⁹⁰¹ Die ILO hält etwa fest, dass das Konzept der frei gewählten Beschäftigung es zulasse, alle Situationen zu erfassen, in denen die Wahlfreiheit der Arbeiter_innen irgendwie beschnitten werde. Dies könne z.B. durch eine Verletzung von arbeitsrechtlichen Bestimmungen betreffend Lohn oder Arbeitszeit erfolgen, ohne dass damit ernsthafte Menschenrechtsverletzungen zusammenhängen.¹⁹⁰² 790

Illustrativ zu den unterschiedlichen Schutzbereichen ist die Entscheidung *Quaker Council for European Affairs (QCEA) ./. Griechenland*.¹⁹⁰³ Der ECSR hielt fest, 791

¹⁹⁰⁰ SCHEFER, S. 467; siehe auch bereits N 725.

¹⁹⁰¹ Vgl. SCHEFER, S. 467 f.; VALLENDER, St. Galler Kommentar, N 57 zu Art. 27 BV; KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, § 31 N 47.

¹⁹⁰² ILO, coercion, § 43; ähnlich: DERMINE, *Freely Chosen*, S. 149; DIES., *Limitation*, S. 77.

¹⁹⁰³ ECSR, Complaint No. 8/2000 v. 25.04.2001, *Quaker Council for European Affairs (QCEA) gegen Griechenland*. Die ESC sieht zwar keine individuellen Beschwerden vor, jedoch wird in einem Zusatzprotokoll zur ESC ein kollektiver Beschwerdemechanismus bereitgestellt. Eine solche kollektive Beschwerde liegt der QCEA-Entscheidung zugrunde.

dass ein überlanger ziviler Ersatzdienst für Personen, die den Militärdienst aus Gewissensgründen verweigern würden, nicht Zwangsarbeit darstelle, auch der zivile Ersatzdienst falle unter die Ausnahme gem. Art. 4 Abs. 3 lit. b EMRK. Jedoch werde durch den überlangen Dienst das Recht, den Lebensunterhalt mit einer frei gewählten Arbeit zu verdienen, verletzt, da dem Zivildienstleistenden während einer übermässig langen Zeit das Recht verweigert werde, eine frei gewählte Beschäftigung anzunehmen.¹⁹⁰⁴

B. Freie Wahl ohne Zwang

- 792 Die Entstehungsgeschichte des Rechts auf frei gewählte Beschäftigung als Teilgehalt des Rechts auf Arbeit war – wie die Entstehungsgeschichte der UN-Pakte insgesamt – geprägt von einem ideologischen Kampf zwischen den sozialistischen und den liberalen Wirtschaftsmächten.¹⁹⁰⁵ Dies prägt teilweise noch die aktuelle Debatte, wurde doch das Recht auf frei gewählte Beschäftigung auch in jüngerer Zeit als «*bad joke*» (schlechter Witz) bezeichnet, da viele Personen aus ökonomischer Notwendigkeit gezwungen seien, eine Arbeit aufzunehmen, die sie nicht aus freien Stücken wählen.¹⁹⁰⁶ Diese Kritik ist zwar nicht unbegründet, greift aber zu kurz, da auch das Recht auf frei gewählte Arbeit als Teil des Rechts auf die Möglichkeit zur würdigen Arbeit zu verstehen ist und zwingend die Arbeitsbedingungen zu berücksichtigen sind, um die Freiheit zu qualifizieren. So hält DE ROSSA GISIMUNDO mit Nachdruck fest, dass eine Arbeit nicht als frei gewählt gelten könne, wenn die Arbeitgeber_in von einer verletzlichen Situation der potentiellen Arbeitnehmer_in profitiere, die ihren Lebensunterhalt nicht anders verdienen könne. Dies sei nicht mit der Menschenwürde vereinbar.¹⁹⁰⁷
- 793 Das aus Art. 6 Abs. 1 UN-Pakt I fließende Recht, eine Arbeit frei zu wählen und frei über ihre Annahme zu entscheiden, impliziert, dass eine Person in keiner Weise gezwungen werden soll, eine Arbeit auszuüben.¹⁹⁰⁸ Es wird die Freiheit geschützt, eine selber gewählte Arbeit aufzunehmen, ohne dabei unnötigen staat-

¹⁹⁰⁴ Siehe hierzu auch: DERMINE, *Freely Chosen*, S. 147 f.; PAZ-FUCHS/ELEVELD, S. 38.

¹⁹⁰⁵ DERMINE/DUMONT, S. 15 m.w.H.; siehe dazu auch bereits zum Recht auf Arbeit N 698.

¹⁹⁰⁶ BUENO, S. 486.

¹⁹⁰⁷ DE ROSSA GISIMUNDO, S. 552 f.

¹⁹⁰⁸ BANAFSCHE, S. 140, m.H.a. WSK-Ausschuss, General Comment 18 (2005).

lichen Interventionen ausgesetzt zu sein.¹⁹⁰⁹ Es handelt sich in erster Linie um eine Unterlassungspflicht des Staates (*obligation to respect*).¹⁹¹⁰

Dieser freiheitliche Aspekt war in einem Entwurf zu Art. 6 UN-Pakt I noch stärker betont. So wurde vorgeschlagen, dass jede Person die Möglichkeit haben soll, den Lebensunterhalt mit einer Erwerbstätigkeit zu verdienen, *sofern sie dies wünsche*.¹⁹¹¹ Zur Streichung dieses Zusatzes wurden zwei konträre Argumente vorgebracht: Auf der einen Seite wurde gefordert, die Worte seien zu streichen, da sie soziales Schmarotzertum rechtlich absegnen würden und in einer modernen Gesellschaft das Recht auf Arbeit genauso auch eine Pflicht zur Arbeit sei.¹⁹¹² Auf der anderen Seite wurde argumentiert, der Zusatz sei nicht nötig, da die schliesslich verabschiedete Formulierung dasselbe zum Ausdruck bringe, wie wenn zusätzlich auf die Wünsche Bezug genommen würde.¹⁹¹³

Auch die abwehrrechtliche Dimension der Berufswahlfreiheit gem. Art. 27 Abs. 2 794 BV umfasst den freien Entscheid, ob man eine auf Erwerb gerichtete Tätigkeit ausüben möchte oder den Lebensunterhalt auf andere Weise sichern will.¹⁹¹⁴ Damit wird die freie Entfaltung der Persönlichkeit im wirtschaftlichen Bereich, frei von staatlichen Eingriffen, gewährleistet.¹⁹¹⁵ Eine Bewilligungspflicht für die Ausübung eines Berufs ist ein schwerer Eingriff in diese Freiheit.¹⁹¹⁶ Die Berufswahlfreiheit eröffnet mit der Möglichkeit zur Selbstverwirklichung im wirtschaftlichen Bereich Lebensführungschancen,¹⁹¹⁷ die durch eine selbständige oder durch eine

¹⁹⁰⁹ COLLINS, S. 21.

¹⁹¹⁰ DERMINE, S. 412.

¹⁹¹¹ Die Formulierung des Entwurfs von Art. 6 Abs. 1 UN-Pakt I lautete: «Work being at the basis of all human endeavour, the States Parties to the Covenant recognize the right to work, that is to say, the fundamental right of everyone to the opportunity, *if he so desires*, to gain his living by work which he freely accepts» (Hervorhebung MST); siehe: General Assembly, Eleventh Session, Annexes, Document A/3525, Report of the Third Committee, 09.02.1957, § 13.

¹⁹¹² Dass dieser Ansicht nicht gefolgt werden kann, wurde bereits oben N 700 erläutert.

¹⁹¹³ General Assembly, Eleventh Session, Annexes, Document A/3525, Report of the Third Committee, 09.02.1957, § 25.

¹⁹¹⁴ VALLENDER/HETTICH/LEHNE, § 5 N 29; VALLENDER, St. Galler Kommentar, N 14 zu Art. 27 BV.

¹⁹¹⁵ VALLENDER, St. Galler Kommentar, N 15 zu Art. 27 BV; auch bereits: MÜLLER J. P., Elemente, S. 151.

¹⁹¹⁶ BGE 122 I 130, E. 3b/bb.

¹⁹¹⁷ VALLENDER, St. Galler Kommentar, N 16 zu Art. 27 BV.

unselbständige Tätigkeit wahrgenommen werden können.¹⁹¹⁸ Ein Anspruch auf (unbeschränkte) staatliche Leistungen lässt sich daraus nicht ableiten.¹⁹¹⁹

- 795 Die Berufswahlfreiheit gem. Art. 27 Abs. 2 BV verhindert eine staatliche Ausbildungslenkung.¹⁹²⁰ Ein Zwang, einen bestimmten Beruf auszuüben (oder zu erlernen), ist ein Eingriff in die Berufsfreiheit. Auch die freie Wahl des Arbeitsplatzes ist als Teilaspekt der Berufsfreiheit geschützt.¹⁹²¹ Jede Person hat frei und selbst zu entscheiden, ob und welche (privatwirtschaftliche) Arbeit sie ausüben will.¹⁹²²
- 796 Nebst diesen individualrechtlichen Ansätzen setzt das ILO-Übereinkommen Nr. 122 auf einer programmatischen Ebene an und verpflichtet den Staat, mit seiner Beschäftigungspolitik das Ziel der produktiven und frei gewählten Vollbeschäftigung zu realisieren (siehe bereits N 692). Zudem ist gem. ILO-Übereinkommen Nr. 122 allen die Möglichkeit zu bieten, die notwendige Befähigung für die frei gewählte Beschäftigung zu erwerben (Art. 1 Abs. 2 lit. c ILO-Übereinkommen Nr. 122).

C. (Diskriminierungsfreier) Zugang zum Arbeitsmarkt

- 797 Die oben (N 791) erwähnte Entscheidung des ECSR *QCEA ./.* Griechenland zeigt, dass das Recht auf freie Wahl des Berufes auch ein Recht auf Zugang zum regulären Arbeitsmarkt umfasst. Dieses Recht wird durch das Verbot der Zwangsarbeit nicht geschützt.¹⁹²³ Unter Art. 6 UN-Pakt I trifft den Staat eine Pflicht (*obligation to respect*), den gleichberechtigten Zugang zu würdiger Arbeit nicht zu verhindern. Es besteht weiter eine Mindestverpflichtung, das Recht auf Zugang zu Arbeit, die ein Leben in Würde ermöglicht, u.a. für benachteiligte und marginalisierte Gruppen zu sichern.¹⁹²⁴ Daraus fließen auch staatliche Schutzpflichten: Der Staat soll mit geeigneten (gesetzgeberischen) Massnahmen dafür sorgen, dass das

¹⁹¹⁸ VALLENDER, St. Galler Kommentar, N 14 zu Art. 27 BV.

¹⁹¹⁹ Siehe z.B. BGE 142 V 488, E. 7.2.

¹⁹²⁰ BIAGGINI, N 9 zu Art. 27 BV.

¹⁹²¹ VALLENDER/HETTICH/LEHNE, § 5 N 36.

¹⁹²² VALLENDER/HETTICH/LEHNE, § 5 N 31.

¹⁹²³ DERMINE, *Freely Chosen*, S. 147.

¹⁹²⁴ WSK-Ausschuss, General Comment 18 (2005), § 31.

Diskriminierungsverbot eine horizontale Wirkung im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis entfaltet.¹⁹²⁵

Aus der Rechtsprechung des EGMR verdient das Urteil *Sidabras und Dziautas* ./.⁷⁹⁸ *Litauen* in diesem Zusammenhang Erwähnung. Mit der integrativen Auslegung von Art. 8 und Art. 14 EMRK im Lichte von Art. 1 Abs. 2 ESC wurde in diesem Urteil festgestellt, dass die EMRK das Recht auf einen diskriminierungsfreien Zugang zu einer privatwirtschaftlichen Arbeitstätigkeit beinhalte.¹⁹²⁶ Konkret stellte der EGMR fest, dass der gesetzlich vorgesehene Ausschluss ehemaliger KGB-Mitglieder aus dem öffentlichen Dienst und diversen privatwirtschaftlichen Tätigkeiten die Beschwerdeführer weitgehend daran hindere, eine berufliche Tätigkeit zu verfolgen.¹⁹²⁷ Diese Beschränkung falle in den Anwendungsbereich des Rechts auf Privatleben gem. Art. 8 EMRK, da die Chance der Beschwerdeführer, Beziehungen zur Aussenwelt aufzubauen, vermindert sei und sie einer Gefahr der Stigmatisierung ausgesetzt würden.¹⁹²⁸ Die Beschwerdeführer seien dadurch Opfer einer ungerechtfertigten Diskriminierung geworden.¹⁹²⁹

Art. 27 Abs. 2 BV garantiert ebenfalls nicht nur die freie Wahl des Berufs, sondern auch den freien Zugang zu einer privatwirtschaftlichen Tätigkeit, was sich bereits aus dem Wortlaut von Art. 27 Abs. 2 BV ergibt. So bietet die Wirtschaftsfreiheit dem Individuum Schutz gegen staatliche Massnahmen, die den Marktzutritt verhindern oder übermässig erschweren.¹⁹³⁰ Diese Freiheit tritt allerdings in ein Spannungsfeld mit der Vertragsfreiheit, die den potenziellen Arbeitgeber_innen als Ausdruck ihrer Wirtschaftsfreiheit zusteht.¹⁹³¹ Wie in Kapitel 1 (N 31 ff.) gesehen, sind der Vertragsfreiheit wenig Grenzen gesetzt. Die Schweiz wurde diesbezüglich verschiedentlich von internationalen Organen gerügt: Sie vernachlässige die

¹⁹²⁵ MEDICI, S. 151, mit vielen weiteren Hinweisen; PÄRLI, Vertragsfreiheit, N 395.

¹⁹²⁶ Siehe auch: PÄRLI, EMRK, S. 1680; ausführlich zum Entscheid: MANTOUVALOU; siehe bereits N 494 zur integrativen Auslegung.

¹⁹²⁷ EGMR, *Sidabras und Dziautas* ./. *Litauen*, § 50.

¹⁹²⁸ Bereits im Urteil EGMR v. 16.12.1992, Appl. No. 13710/88, *Niemietz* ./. *Deutschland*, § 29, hielt der EGMR fest, dass der Begriff «Privatleben» gem. Art. 8 EMRK berufliche Aktivitäten nicht ausschliesse. Dies v.a., da viele Menschen im beruflichen Kontext die meisten Möglichkeiten hätten, um (private) Beziehungen zu knüpfen.

¹⁹²⁹ EGMR, *Sidabras und Dziautas* ./. *Litauen*, § 61.

¹⁹³⁰ BIAGGINI, N 9 zu Art. 27 BV.

¹⁹³¹ PÄRLI, Vertragsfreiheit, N 637.

staatlichen Schutzpflichten, indem kein Schutz vor Diskriminierungen in privatrechtlichen Anstellungsverhältnissen geschaffen werde.¹⁹³²

III. Konkretisierung in Bezug auf sozialhilferechtliche Beschäftigungsverhältnisse

A. Liegt eine Einschränkung vor?

- 800 Eine Einschränkung des Rechts auf freie Berufswahl kann durch eine Anweisung entstehen, einen bestimmten Arbeitsplatz anzunehmen.¹⁹³³ Die Anordnung, an einem Beschäftigungsprogramm teilzunehmen, führt faktisch zu einer Einschränkung der freien Wahl des Berufs resp. des Arbeitsplatzes.¹⁹³⁴
- 801 In der deutschen Lehre finden sich Stimmen, die davon ausgehen, dass die Anweisung, an einem Programm teilzunehmen, die Berufsfreiheit nicht verletze, da

¹⁹³² Sehr deutlich: ILO, CEACR, Observation concerning Convention No. 111, Switzerland, 2014; ähnlich: ILO, CEACR, Observation concerning Convention No. 111, Switzerland, 2011; WSK-Ausschuss, Concluding Observations, Switzerland, 2010, § 7; zur Frage, ob die Schweiz wie von PÄRLI, Vertragsfreiheit, N 1313 ff., postuliert, ihren Schutzpflichten mittels verfassungs- und völkerrechtskonformer Auslegung von Art. 2 ZGB, Art. 27/28 ZGB, Art. 328 OR und Art. 342 OR nachgekommen ist oder nicht, siehe: MEDICI, S. 152 ff. Nach hier vertretener Ansicht können die genannten Artikel des ZGB und des OR kein explizites Diskriminierungsverbot für privatrechtliche Arbeitsverhältnisse ersetzen, zumal Art. 2 und Art. 27/28 ZGB in der Rechtsanwendung hinter dem von PÄRLI erkannten Potenzial zurückbleiben und kaum bei diskriminierenden Nichtanstellungen angewandt werden; zu den wenigen Ausnahmen siehe PÄRLI, Vertragsfreiheit, N 1323; siehe hierzu auch: SKMR, Der Zugang zur Justiz in Diskriminierungsfällen, Synthesebericht, Bern 2015, S. 40 f. sowie 43 ff.; so dann auch bezüglich einer (diskriminierenden) Nichtanstellung betreffend das Alter: PÄRLI KURT, Altersdiskriminierung – von der Anstellung bis zur Kündigung, ARV 1/2018, S. 1–12, S. 8.

¹⁹³³ DAVILLA, S. 72.

¹⁹³⁴ So auch: AKKAYA, S. 45; WOLFFERS, S. 100; grundsätzlich auch: URSPRUNG/RIEDI HUNOLD, S. 422; zurückhaltend: HÄNZI, S. 76; für das Sozialversicherungsrecht: LANDOLT, N 211.

zur Lebenssicherung weiterhin Unterstützungsleistungen ausbezahlt würden.¹⁹³⁵ Zudem seien die Beschäftigungsprogramme nicht am Recht auf freie Berufswahl zu messen, da ein Beruf auf Dauer angelegt und zur Einkommenserzielung geeignet sein müsse, was bei Beschäftigungsprogrammen gerade nicht der Fall sei.¹⁹³⁶ Dies ist m.E. nicht stichhaltig, da eine monetäre Konsequenz an die Teilnahme an einem Beschäftigungsprogramm geknüpft ist (positive und negative Anreize) und eine Verpflichtung, eine bestimmte Tätigkeit auszuüben, erfolgen kann.

Auch, dass es zu keiner Beeinträchtigung der Berufsfreiheit komme, wenn ein Einsatz in einem Beschäftigungsprogramm jederzeit für eine Arbeit auf dem freien Markt abgebrochen werden könne,¹⁹³⁷ überzeugt nicht, da grundsätzlich auch die Freiheit, keinen Beruf zu ergreifen und den Lebensunterhalt auf andere Weise zu sichern, durch die Berufsfreiheit geschützt¹⁹³⁸ ist und eine Einschränkung der freien Wahl des Arbeitsplatzes stattfindet.

Die internationale Praxis zeigt, dass eine Verpflichtung, an einem Beschäftigungsprogramm teilzunehmen, das Recht auf frei gewählte Beschäftigung beeinträchtigen kann. Die Schlussbemerkungen des WSK-Ausschusses weisen in mehreren Fällen daraufhin, dass durch Arbeitsverpflichtungen für Sozialhilfeempfänger_innen das Recht auf freie Berufswahl gem. Art. 6 UN-Pakt I verletzt werden kann:

- In Bezug auf ein kanadisches Workfare-Programm stellte der WSK-Ausschuss besorgt fest, dass entweder eine Verknüpfung der Sozialhilfe mit Arbeitsverpflichtungen erfolge oder die Leistungen der Sozialhilfe gekürzt würden, falls die Sozialhilfeempfänger_innen ihr Recht auf frei gewählte Arbeit geltend machen.¹⁹³⁹
- 2013 wurde Österreich dafür kritisiert, dass die Bedingungen, die zur Einstellung von Leistungen bei Langzeitarbeitslosigkeit führen, das Recht, seinen Lebensunterhalt durch eine frei gewählte Beschäftigung zu verdienen, verletzen können.¹⁹⁴⁰

¹⁹³⁵ JENAK, S. 68; ähnlich auch: BANAFSCHE, S. 145, beide mit Bezug auf die «1-Euro-Jobs» im deutschen SGB II (Arbeitsgelegenheit resp. Arbeit gegen Mehraufwandentschädigung).

¹⁹³⁶ BANAFSCHE, S. 145.

¹⁹³⁷ JENAK, S. 68.

¹⁹³⁸ VALLENDER, St. Galler Kommentar, N 14 zu Art. 27 BV.

¹⁹³⁹ WSK-Ausschuss, Concluding Observations, Canada, 1998, § 30.

¹⁹⁴⁰ WSK-Ausschuss, Concluding Observations, Austria, 2013, § 16.

- Deutschland wurde 2011 für Reformen in der Arbeitslosenversicherung (SGB III) und der Grundsicherung für Arbeitssuchende (SGB II) kritisiert, welche u.a. durch die Vermittlung von unbezahlter gemeinnütziger Arbeit zu Verstößen gegen Art. 6, 7 und 9 UN-Pakt I führen könnten.¹⁹⁴¹

Damit zeigt sich, dass in den Augen der UN-Ausschüsse gewisse Arbeitspflichten zwar nicht Zwangsarbeit darstellen – hat doch der MRA festgehalten, dass nicht erniedrigende Programme als normale Bürgerpflicht vom Zwangsarbeitsverbot ausgenommen seien¹⁹⁴² –, aber sie dennoch mit der abwehrrechtlichen Dimension des Rechts auf Arbeit kollidieren können.¹⁹⁴³ Zudem sind die Programme nicht als positiver Schritt hin zur Realisierung des Rechts auf Arbeit, sondern als Einschränkung des Rechts auf eine frei gewählte Beschäftigung zu qualifizieren. Ein Programm ist keine frei gewählte Arbeit i.S.v. Art. 6 UN-Pakt I.¹⁹⁴⁴

- 804 Auch die ILO prüfte mehrmals die Vereinbarkeit von Arbeitsprogrammen in Sozialsystemen mit den Vorgaben insbesondere des ILO-Übereinkommens Nr. 122.¹⁹⁴⁵ Der ECSR hält fest, dass, wenn jemand unter Androhung des Verlusts von sozialstaatlichen Leistungen jede Arbeit annehmen müsse, das Recht, den Lebensunterhalt durch eine frei gewählte Tätigkeit zu verdienen, verletzt werden könnte.¹⁹⁴⁶

Vor dem ECSR ist eine Beschwerde gegen Italien hängig, mit der u.a. eine Verletzung des Rechts auf frei gewählte Beschäftigung, des Rechts auf soziale Sicherheit, des Rechts auf kollektive Verhandlungen und des Rechts auf Schutz vor missbräuchlichen Entlassungen geltend gemacht wird. Im Fokus der Beschwerde steht der Missbrauch von Verträgen über sozial nützliche Arbeit, mit welchen z.B. Arbeitssuchenden und Arbeitslosen temporäre Arbeiten zugewiesen werden. Die beschwerdeführende Gewerkschaft macht geltend, bei diesen Arbeiten handle es sich um gewöhnliche Arbeit, die mit einem befristeten oder unbefristeten Arbeitsvertrag zu regeln wäre.¹⁹⁴⁷

¹⁹⁴¹ WSK-Ausschuss, Concluding Observations, Germany, 2011, § 19; Art. 7 UN-Pakt I wird in Kapitel 11 weiter beleuchtet.

¹⁹⁴² Siehe dazu N 748 oben.

¹⁹⁴³ JOSEPH, S. 354.

¹⁹⁴⁴ DERMINE, N 448; siehe auch bereits oben N 707 f.

¹⁹⁴⁵ Z.B. ILO, CEACR, Observation concerning Convention No. 122, United Kingdom, 2012; sowie die nachfolgend behandelten Fälle.

¹⁹⁴⁶ ECSR, Conclusions 2012, Statement of Interpretation of Art. 1, 2 ESC.

¹⁹⁴⁷ ECSR, *Unione sindacale di base (USB) v. Italy*, Complaint No. 170/2018, die Beschwerde wurde am 3. Juli 2019 für zulässig erklärt, die Entscheidung in der Sache steht derzeit (November 2020) noch aus.

B. Zumutbarkeitsschranke notwendig

Ein Eingriff in die Berufswahlfreiheit kann gerechtfertigt werden, da es sich dabei 805 nicht wie beim Verbot der Zwangsarbeit um eine absolute Garantie handelt.¹⁹⁴⁸ Selbst die Autorin, die davon ausgeht, dass gerade im steuerfinanzierten System der Sozialhilfe dem staatlichen Interesse des Staates an der Beendigung der Erwerbslosigkeit mehr Gewicht zukomme als den Interessen der Betroffenen, den Beruf frei wählen zu dürfen,¹⁹⁴⁹ weist darauf hin, dass diese Feststellung nicht von einer Zumutbarkeitsprüfung im Einzelfall entbinde.¹⁹⁵⁰ Nur so sei eine unverhältnismässige Belastung der Betroffenen zu verhindern.¹⁹⁵¹

Dass der Zumutbarkeitsprüfung besonderes Gewicht zukommt, hielt auch der 806 WSK-Ausschuss fest: Die Empfänger_innen von Leistungen gem. dem Deutschen Sozialgesetzbuch (SGB) II zur Grundsicherung für Arbeitssuchende und dem SGB III zur Arbeitsförderung seien verpflichtet, jede zumutbare Arbeit anzunehmen, was in der Praxis bedeute, dass fast jede Arbeit angenommen werden müsse.¹⁹⁵²

Das SGB II sieht jedoch in § 10 eine Konkretisierung dessen vor, was zumutbare Arbeit im sozialhilferechtlichen Kontext ist, was BANAFSCHE zum Schluss kommen lässt, dass die Annahme des WSK-Ausschusses, fast jede Arbeit sei zumutbar, so nicht stimme und insbesondere die Erwähnung von «sonstigen Gründen» in § 10 SGB II als Element der unzumutbaren Arbeit eine grundrechtsbezogene Auslegung des Begriffs zulasse.¹⁹⁵³

Dass eine Zumutbarkeitsschranke notwendig ist, impliziert auch die Feststellung 807 des ECSR, dass, wenn jemand unter Androhung des Verlusts von sozialstaatlichen Leistungen jede Arbeit annehmen müsse, das Recht, den Lebensunterhalt durch eine frei gewählte Tätigkeit zu verdienen, verletzt werden könnte.¹⁹⁵⁴ Wie die Zumutbarkeitsschranke in der internationalen Praxis konkretisiert wurde, wird unmittelbar nachfolgend untersucht.

¹⁹⁴⁸ DERMINE, Limitation, S. 78.

¹⁹⁴⁹ BANAFSCHE, S. 144 f.

¹⁹⁵⁰ BANAFSCHE, S. 147.

¹⁹⁵¹ BANAFSCHE, S. 145 f.

¹⁹⁵² WSK-Ausschuss, Concluding Observations, Germany, 2011, § 19.

¹⁹⁵³ BANAFSCHE, S. 147.

¹⁹⁵⁴ ECSR, Conclusions 2012, Statement of Interpretation of Art. 1, 2 ESC.

C. Konkretisierung der Zumutbarkeit

1. Umfassende Betrachtung

808 Da das Recht auf freie Berufswahl wie gesehen auch die Freiheit im Arbeitsbereich schützt, aber einen weitergehenden Schutzbereich als das Verbot der Zwangsarbeit aufweist, ist zunächst festzuhalten, dass alle Aspekte, die i.S. des Zwangsarbeitsverbots zu berücksichtigen sind, auch i.S. des Rechts auf freie Berufswahl bei der Zumutbarkeitsprüfung berücksichtigt werden müssen. Dementsprechend ist auch hier eine umfassende Perspektive einzunehmen, aber die Zumutbarkeitsprüfung hat mit einem strengeren Massstab zu erfolgen.¹⁹⁵⁵ Folgende Aspekte gilt es zu präzisieren.

2. Legitimes Interesse – Ziel der Programme

809 Wie bereits festgestellt, haben Beschäftigungsprogramme ein legitimes Interesse zu verfolgen. Im Rahmen des Zwangsarbeitsverbots sind auch Projekte denkbar, die rein auf einer Idee der Gegenleistung beruhen, solange es sich dabei nicht um eine Massnahme der Arbeitsdisziplin handelt (N 751 f.). Das Recht auf Arbeit fordert hingegen Massnahmen, die auf die produktive und frei gewählte Vollbeschäftigung abzielen (N 707 ff.). Dies wird durch das Recht auf frei gewählte Beschäftigung verdeutlicht:

810 In jüngerer Zeit interessierte sich das ILO-Expert_innenkomitee für das «*Mandatory Work Activity*»-Programm in Grossbritannien. Das Programm wurde als Chance zur Entwicklung von Arbeitsdisziplin und als Chance, etwas zur Gesellschaft beizutragen, konzipiert.¹⁹⁵⁶ Von der Regierung wurde die strategische Ausrichtung dieses Programms mit folgendem Satz umschrieben: «*A community benefit placement must be of benefit to the community over and above the benefit of providing a placement to the individual.*»¹⁹⁵⁷ Es liegt dem Programm also eine Begründung zu Grunde, mit welcher die Interessen der Gesellschaft über diejenigen der betroffenen Person gestellt werden. Es erfolgt eine Verpflichtung, die über das, was allenfalls durch ein gegenüberstehendes Recht gerechtfertigt wäre, hinausgeht.¹⁹⁵⁸ Das ILO-Expert_innenkomitee forderte Grossbritannien auf, Informatio-

¹⁹⁵⁵ DERMINE, Limitation, S. 80.

¹⁹⁵⁶ VONK, S. 194.

¹⁹⁵⁷ PAZ-FUCHS/ELEVELD, S. 35, m.H.a. die relevanten Unterlagen der Regierung.

¹⁹⁵⁸ Ähnlich auch: PAZ-FUCHS/ELEVELD, S. 35.

nen zur Verfügung zu stellen, inwiefern dieses Programm die Teilnehmer_innen in produktive und stabile Arbeitsverhältnisse führe.¹⁹⁵⁹ Ähnlich äusserten sich die ILO-Expert_innen bereits in den 1980er Jahren gegenüber Chile, wo festgestellt wurde, dass ein Arbeitsprogramm nicht darauf ausgerichtet war, frei gewählte und produktive Beschäftigung zu fördern, und das Programm auch nicht geeignet war, Arbeitslosigkeit abzufedern oder gar der Reintegration in den allgemeinen Arbeitsmarkt zu dienen.¹⁹⁶⁰

Dies deutet einerseits darauf hin, dass das ILO-Expert_innenkomitee Beschäftigungsprogramme nur dann als vereinbar mit dem ILO-Übereinkommen Nr. 122 und dem Ziel der frei gewählten produktiven Beschäftigung ansieht, wenn ein Programm die Reintegrationschancen erhöht. Falls dies zu bejahen wäre, müsste wohl eine vorübergehende Einschränkung des Rechts auf frei gewählte Beschäftigung hingenommen werden, da ein legitimes Interesse gegeben ist.¹⁹⁶¹ Sollte dies hingegen nicht der Fall sein, wäre ein Programm kaum mit dem ILO-Übereinkommen Nr. 122 vereinbar.¹⁹⁶² 811

Das Ziel der frei gewählten Vollbeschäftigung kann also nur erreicht werden, wenn ein Programm sinnvolle Arbeit zur Verfügung stellt und die Vermittlungsfähigkeit erhöht.¹⁹⁶³ Dieses Ziel der Reintegration deckt sich auch mit der Feststellung, dass Auflagen für einen Bezug von Sozialhilfeleistungen das Ziel verfolgen sollen, eine langfristige Lösung für die individuellen Probleme zu finden.¹⁹⁶⁴ Auch aus dieser Perspektive sind Programme, die bspw. die Interessen der (Solidar-)Gemeinschaft über diejenigen der bedürftigen Personen stellen, kritisch zu betrachten. 812

¹⁹⁵⁹ ILO, CEACR, Observation concerning Convention No. 122, United Kingdom, 2012; diese Aufforderung wurde 2015 wiederholt, siehe: ILO, CEACR, Observation concerning Convention No. 122, United Kingdom, 2015.

¹⁹⁶⁰ ILO, CEACR, Observation, Concerning Convention No. 122, Chile 1981 und 1983; es scheint, als ob die chilenische Regierung das Programm als ein Ersatz für monetäre Leistungen einer Arbeitslosenversicherung sah.

¹⁹⁶¹ DERMINE, *Freely Chosen*, S. 156.

¹⁹⁶² PAZ-FUCHS/ELEVELD, S. 39; entsprechend zu interpretieren sind insbesondere die Äusserungen des ILO-Komitees zum chilenischen Arbeitsprogramm, vgl. ILO, Representation (article 24), Chile, Convention Nr. 1, 2, 29, 30, 122, Report of the Committee set up to examine the representation presented by the National Trade Union Co-ordinating Council (CNS), 1984, § 57.

¹⁹⁶³ DE SCHUTTER, S. 146.

¹⁹⁶⁴ Siehe bereits oben N 655.

- 813 Es ist also jeweils zu untersuchen, ob ein Programm tatsächlich die Chancen steigert, dass sich Personen wieder in den ersten Arbeitsmarkt mit einer frei gewählten produktiven und menschenwürdigen Arbeit (re-)integrieren. Um hierzu zuverlässige Aussagen machen zu können, müsste auf stichhaltige Evaluationen zur Wirkung von Programmen zurückgegriffen werden können. Entsprechende Untersuchungen fehlen jedoch für die Schweiz weitgehend.¹⁹⁶⁵

3. Arbeitsbedingungen

- 814 In Bezug auf die Arbeitsbedingungen geht aus der Schlussbemerkung des WSK-Ausschusses betr. Kanada hervor, dass der fehlende Schutz von grundlegenden Arbeitsrechten und Arbeitsschutzbestimmungen und eine diskriminierende Wirkung von Arbeitsprogrammen problematisch sind. Es ist sicherzustellen, dass Arbeitsstandards, inkl. Mindestlohn, nicht verletzt werden und die Kernarbeitsnormen der ILO-Übereinkommen respektiert werden.¹⁹⁶⁶ (Sehr) schlechte Arbeitsbedingungen sind auch unter dem Verbot der Zwangsarbeit problematisch, wenn dadurch eine Zwangslage ausgenutzt wird; im Kontext des Rechts auf freie Berufswahl muss jedoch auch bei weniger gravierenden Unterschreitungen der normalerweise zulässigen Arbeitsbedingungen ein Eingriff in den Schutzbereich angenommen werden. Es kann beklagt werden, dass der Ausschuss relativ vage bleibt bei der Konkretisierung der problematischen Elemente.¹⁹⁶⁷

4. Keine Hinderung des Zugangs zum Arbeitsmarkt

- 815 Das Recht auf frei gewählte Arbeit fordert, dass der Staat keine Massnahmen trifft, die den (diskriminierungsfreien) Zugang zum Arbeitsmarkt einschränken. Dies impliziert, dass auch Personen, die an einem Beschäftigungsprogramm teilnehmen, genügend Zeit haben sollen, um eine Stelle im ersten Arbeitsmarkt zu suchen.¹⁹⁶⁸ Programme, die eine hundertprozentige Anwesenheit erfordern, sind aus dieser Perspektive kritisch zu beurteilen, solange nicht ein Teil der Arbeitszeit für die Stellensuche zur Verfügung steht. Analog zu Arbeitnehmer_innen in einem

¹⁹⁶⁵ STUDER/PÄRLI, Duty to Work, S. 101; siehe auch: STUDER ET AL., N 247.

¹⁹⁶⁶ WSK-Ausschuss, Concluding Observations, Canada, 1998, § 55; im Jahr 2006 wurden die negativen Auswirkungen des «Workfare»-Programms erneut beklagt: Concluding Observations, Canada, 2006, § 11c.

¹⁹⁶⁷ DERMINE, N 448; siehe nachfolgend Kapitel 11 zur Konkretisierung.

¹⁹⁶⁸ DERMINE, Limitation, S. 81.

gekündigten Arbeitsverhältnis sollte zumindest die notwendige Zeit, um sich auf Stellen im ersten Arbeitsmarkt zu bewerben, zur Verfügung gestellt werden (siehe Art. 329 Abs. 3 OR).¹⁹⁶⁹ Eine Beschränkung des freien Zugangs zum Arbeitsmarkt kann zudem durch eine Perpetuierung von Einsätzen geschehen. Mit zunehmender Dauer eines Arbeitseinsatzes ausserhalb des ersten Arbeitsmarktes sind allfällige Abweichungen in Bezug auf die Arbeitsbedingungen weniger leicht mit dem Ziel der Reintegration zu rechtfertigen. Dies spricht dafür, dass (sanktionsbedrohte) Arbeitseinsätze auf eine gewisse Maximaldauer, etwa von sechs Monaten, beschränkt werden.¹⁹⁷⁰

5. Mitspracherecht

DERMINE weist darauf hin, dass eine Zuweisung zu einem Arbeitsprogramm nicht 816 ohne ein Mitspracherecht der Sozialhilfeempfänger_innen erfolgen sollte.¹⁹⁷¹ Dies kann auf einem kollektiven Niveau erfolgen, in Form eines Einbezugs der Sozialpartner_innen in die Ausarbeitung der Programme,¹⁹⁷² und auf einem individuellen Niveau, indem die Wünsche, Interessen und Fähigkeiten der betroffenen Person berücksichtigt werden. Dies setzt ein Recht auf Anhörung – was sich auch bereits aus dem Recht auf Menschenwürde ergibt (siehe N 634 f.) – und auf wirksame Beschwerde voraus.¹⁹⁷³ Die individuellen Präferenzen zu berücksichtigen, führt dazu, dass Zeit und Energie in etwas investiert werden können, was der Person liegt, womit auch die Chance auf Reintegration steigt, was wiederum im Interesse der Allgemeinheit liegt.¹⁹⁷⁴

¹⁹⁶⁹ STUDER/PÄRLI, Duty to Work, S. 100 f.

¹⁹⁷⁰ Mit anderer Begründung auch: MEIER/PÄRLI, N 75.

¹⁹⁷¹ Sie nennt es *capability for voice*, DERMINE, Limitation, S. 74 f.

¹⁹⁷² Vgl. auch Art. 3 ILO-Übereinkommen Nr. 122; ILO, CEACR, Observation concerning Convention No. 122, United Kingdom, 2012; ILO, Representation (article 24), Chile, Convention Nr. 1, 2, 24, 29, 30, 35, 37, 38, 111, Report of the Committee set up to examine the representation submitted by the National Trade Union Co-ordinating Council (CNS), 1986, § 90.

¹⁹⁷³ DERMINE, Limitation, S. 74 f.

¹⁹⁷⁴ BUENO, S. 469; STUDER/PÄRLI, Duty to Work, S. 103 f.

6. Hin zur Konvergenz mit arbeitslosenversicherungsrechtlichen Kriterien?

- 817 Sowohl die Praxis des WSK-Ausschusses als auch des ECSR deuten auf die Bereitschaft dieser Gremien hin, die im Zusammenhang mit der Arbeitslosenversicherung entwickelten Kriterien für die Beurteilung der Zumutbarkeit einer Arbeit auch auf Sozialhilfeempfänger_innen anzuwenden.¹⁹⁷⁵
- 818 Der WSK-Ausschuss fordert in seinen Schlussbemerkungen Deutschland mit Hinweis auf Art. 6, 7 und 9 UN-Pakt I direkt dazu auf, die Zumutbarkeit von Arbeit für Sozialhilfeempfänger_innen analog zu Art. 21 Abs. 2 des ILO-Übereinkommens Nr. 168 zu regeln.¹⁹⁷⁶
- 819 Der ECSR hielt in Bezug auf die Situation in Spanien fest, dass auch Personen, die Arbeitslosenhilfe beziehen – eine nicht beitragsfinanzierte Leistung für Personen, die keinen Anspruch auf Arbeitslosenversicherungsleistungen (mehr) haben –, verpflichtet werden, Arbeit zu suchen und anzunehmen. Wer eine Arbeit ablehnt oder an einer Arbeitsförderungs-, einer Bildungs- oder Umschulungsmassnahme nicht teilnimmt, verliert den Anspruch auf Arbeitslosenhilfe. Der ECSR forderte mit Verweis auf die Erklärung zur Auslegung (*statement of interpretation*) von Art. 1 Abs. 2 ESC, dass gegen eine vorläufige Kürzung oder definitive Streichung der Arbeitslosenhilfe immer eine Beschwerdemöglichkeit bestehe.¹⁹⁷⁷ Die Erklärung zur Auslegung von Art. 1 Abs. 2 ESC bezog sich ausdrücklich nur auf Leistungen der Arbeitslosenversicherung – und nicht auf nicht beitragsfinanzierte Leistungen. Die weiteren Kriterien, die eine zumutbare Arbeit im *statement of interpretation* umschreiben, sind weitgehend aus dem Bereich der Arbeitslosenversicherung und dabei insbesondere auch aus dem ILO-Übereinkommen Nr. 168 bekannt.
- 820 Ähnlich verlangte der ECSR von der zum niederländischen Königreich gehörenden Karibikinsel Aruba zusätzliche Informationen über die dortige Aktivierungspolitik für Sozialhilfeempfänger_innen, wobei die Erklärung zur Auslegung von Art. 1 Abs. 2 ESC mitberücksichtigt werden soll.¹⁹⁷⁸
- 821 Solche Auskünfte werden seit der Verabschiedung der Auslegungserklärung zu Art. 1 Abs. 2 ESC systematischer verlangt, da ohne sie nicht festgestellt werden

¹⁹⁷⁵ Noch als Hoffnung formuliert bei: PAZ-FUCHS/ELEVELD, S. 39.

¹⁹⁷⁶ WSK-Ausschuss, Concluding Observations, Germany, 2018, § 46/47.

¹⁹⁷⁷ ECSR, Conclusions XXI-1, Spanien, Art. 1-2, 2016.

¹⁹⁷⁸ ECSR, Conclusions XXI-1, Aruba (Niederlande), Art. 1-2, 2017.

könne, ob Art. 1 Abs. 2 ESC respektiert werde.¹⁹⁷⁹ Dementsprechend ist zu erwarten, dass der ECSR in den nächsten Jahren vermehrt die Möglichkeit erhalten wird, die Bedingungen zu prüfen, unter denen beitragsabhängige und beitragsunabhängige Leistungen bei Arbeitslosigkeit gekürzt oder eingestellt werden können.¹⁹⁸⁰

D. Spezifische ILO-Empfehlung zu Programmen für Jugendliche

Die ILO-Empfehlung Nr. 136 hat Sonderprogramme für die Beschäftigung und Ausbildung Jugendlicher zu Entwicklungszwecken zum Gegenstand und ergänzt das ILO-Übereinkommen Nr. 122 zur Beschäftigungspolitik. Die Empfehlung thematisiert Sonderprogramme für die Beschäftigung und Ausbildung Jugendlicher, die u.a. zur wirtschaftlichen Selbständigkeit der Jugendlichen beitragen sollen.¹⁹⁸¹ Die Empfehlung kann somit zumindest als Orientierungshilfe¹⁹⁸² dafür gelten, wie ein sozialhilferechtliches Beschäftigungsprogramm für Jugendliche ausgestaltet sein soll.

Darin finden sich diverse Kriterien, die i.S. einer Interessensabwägung berücksichtigt werden sollen. Zudem wird die Freiwilligkeit der Programme gefordert – ausser es sei sichergestellt, dass die Bestimmungen über Zwangsarbeit (i.S. des ILO-Übereinkommens Nr. 29) und Beschäftigungspolitik (i.S. des ILO-Übereinkommens Nr. 122) eingehalten werden.¹⁹⁸³ Die Freiheit zur Wahl zwischen verschiedenen verfügbaren Betätigungen soll möglichst gross sein. Die Befähigungen und Eignung,¹⁹⁸⁴ das Alter, die Bildung, die Ausbildung, allfällige Arbeitserfahrung¹⁹⁸⁵ und die geistige und körperliche Eignung¹⁹⁸⁶ haben bei der Programmauswahl berücksichtigt zu werden. Die potenziellen Teilnehmer_innen sollen aus dem

¹⁹⁷⁹ Siehe bspw.: ECSR Conclusions 2016, Portugal, Art. 1-2, 2016; Conclusions XXI-1, Deutschland, Art. 1-2, 2016; Conclusions 2016, Litauen, Art. 1-2, 2016; Conclusions XXI-1, Karibische Niederlande, Art. 1-2, 2017.

¹⁹⁸⁰ Siehe dazu ausführlich: Kapitel 14.

¹⁹⁸¹ Vgl. auch Art. 1 ILO-Empfehlung Nr. 136.

¹⁹⁸² Siehe N 488.

¹⁹⁸³ Art. 7 (1) ILO-Empfehlung Nr. 136.

¹⁹⁸⁴ Art. 7 (3) ILO-Empfehlung Nr. 136.

¹⁹⁸⁵ Art. 7 (3) ILO-Empfehlung Nr. 136.

¹⁹⁸⁶ Art. 12 (b) ILO-Empfehlung Nr. 136.

Programm Nutzen ziehen können¹⁹⁸⁷ und die im Rahmen des Programms erworbene Erfahrung soll voraussichtlich zur zukünftigen wirtschaftlichen und sozialen Entwicklung beitragen.¹⁹⁸⁸

- 824 Da diese Programme als Übergangsinstrument zu ordentlichen Bildungs- oder Berufsbildungsprogrammen anzusehen sind, ist ihre Dauer zu begrenzen.¹⁹⁸⁹ Weiter sieht die Empfehlung in Art. 22 auch Dienstbedingungen vor: Die Arbeitszeit ist zu begrenzen und den Teilnehmer_innen genügend Zeit für Bildung, Erholung und Freizeit zu gewähren;¹⁹⁹⁰ nebst angemessener Unterkunft, Verpflegung und Kleidung soll ein Entgelt entrichtet werden, welches die Möglichkeit und den Anreiz zum Sparen bietet;¹⁹⁹¹ bei längerer Dienstdauer soll ein Urlaub geboten werden;¹⁹⁹² die Teilnehmer_innen sollen so weit wie möglich von den Bestimmungen der sozialen Sicherheit erfasst werden, die für normale Arbeitsverhältnisse gelten.¹⁹⁹³ Die Empfehlung enthält weitere Bestimmungen, z.B. zur Auswahl und Ausbildung des Stammpersonals und zur Unterstützung der Teilnehmer_innen im Hinblick auf das zukünftige Berufsleben, und zeichnet somit ein umfassendes Bild darüber, wie Programme für Jugendliche ausgestaltet zu sein haben, um zur Förderung der frei gewählten und produktiven Beschäftigung i.S. des ILO-Übereinkommens Nr. 122 beizutragen.

E. Exkurs: Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit und Grundsatzkonformität von Einschränkungen

- 825 Die Berufsfreiheit wird in der BV als Teil der Wirtschaftsfreiheit verstanden. Daher sind nur Eingriffe zulässig, die mit dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit gem. Art. 94 BV vereinbar sind. Eingriffe, die sich gegen den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit richten, sind verboten. Dazu gehören wettbewerbsbehindernde Massnahmen, die das Ziel haben, gewisse Bewirtschaftungsformen oder Gewerbebezüge zu

¹⁹⁸⁷ Art. 12 (a) ILO-Empfehlung Nr. 136.

¹⁹⁸⁸ Art. 12 (c) ILO-Empfehlung Nr. 136.

¹⁹⁸⁹ Art. 14 ILO-Empfehlung Nr. 136.

¹⁹⁹⁰ Art. 22 (c) ILO-Empfehlung Nr. 136.

¹⁹⁹¹ Art. 22 (d) ILO-Empfehlung Nr. 136.

¹⁹⁹² Art. 22 (e) ILO-Empfehlung Nr. 136.

¹⁹⁹³ Art. 22 (f) ILO-Empfehlung Nr. 136.

sichern oder das Wirtschaftsleben nach festem Plan zu lenken. Auch eine staatliche Bedürfnislenkung ist nicht vereinbar mit dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit.¹⁹⁹⁴

Meines Erachtens können sich durch sozialhilferechtliche Beschäftigungsprogramme durchaus Probleme mit dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit ergeben.¹⁹⁹⁵ So sind gewisse Einsatzplätze insbesondere in sogenannten Sozialfirmen darauf ausgerichtet, Gewerbezweige in der Schweiz zu halten, die an sich zu (personal-) kostenintensiv sind und nach ökonomischen Überlegungen ins kostengünstigere Ausland verlagert werden müssten. Ohne das Heranziehen von Sozialhilfeempfänger_innen als «Arbeitnehmer_innen» wäre es diesen Betrieben nicht möglich, in der Schweiz zu wirtschaften.¹⁹⁹⁶ In anderen Arbeitsprojekten werden Dienstleistungen am Markt zur Verfügung gestellt, die ebenfalls von Privaten angeboten werden. Dies betrifft beispielsweise Umzüge und Wohnungsräumungen, Gartenarbeiten oder die Gastronomie,¹⁹⁹⁷ was in Bezug auf das Gleichbehandlungsgebot bezüglich Konkurrent_innen kritisch zu betrachten ist. HÄNZI weist auch darauf hin, dass im Gegensatz zum AVIG in der Sozialhilfe klare Regelungen zu Konkurrenzverboten und Marktverzerrungen fehlen.¹⁹⁹⁸

Einige Kantone haben erkannt, dass es durch Beschäftigungsprogramme unter Umständen zur Konkurrenzierung des ersten Arbeitsmarkts kommen kann. Der Kanton Zug sieht diesbezüglich vor, dass bei einem Einsatz von Sozialhilfeempfänger_innen in Unternehmen der Privatwirtschaft zu beachten ist, dass für diesen Einsatz kein bestehendes Arbeitsverhältnis aufgelöst wird, der Arbeitsvertrag mindestens für ein Jahr abgeschlossen wird und nur während der höchstens sechs Monate dauernden Probezeit ein Soziallohn bezahlt wird. Danach sind branchenübliche Löhne zu entrichten.¹⁹⁹⁹

¹⁹⁹⁴ PÄRLI, Vertragsfreiheit, N 643.

¹⁹⁹⁵ So auch HÄNZI, S. 78; mit Verweis auf AEPPLI DANIEL C./KÄLIN ROLI/OTT WALTER/PETERS MATTHIAS, Wirkungen von Beschäftigungsprogrammen für ausgesteuerte Arbeitslose, Zürich/Chur 2004, S. 151.

¹⁹⁹⁶ Beispielsweise die Sozialfirma «Dock-Gruppe», die Arbeiten v.a. im Bereich Industrie und Recycling anbietet und u.a. damit wirbt, das «Niedriglohnland innerhalb der Schweiz» zu sein und somit Arbeitsplätze in der Schweiz zu halten, die ansonsten ins Ausland ausgelagert würden, vgl. ZOLLINGER MICHAEL, «Arbeit für Arbeitslose ermöglichen – statt auslagern», Schweizer Arbeitgeber 4/2014, S. 22–24, S. 22.

¹⁹⁹⁷ Z.B. die Farb AG, ein strategischer Partner für die Durchführung von Integrationsprogrammen des Kantons Bern, bietet in all diesen Bereichen Arbeitsplätze an, siehe <www.farb-bern.ch>, besucht am 30.04.2021.

¹⁹⁹⁸ HÄNZI, S. 78; siehe dazu auch: Kapitel 14, insbes. N 1149.

¹⁹⁹⁹ § 15^{bis} Abs. 4 SHG/ZG.

Ähnliches sehen die Kantone Appenzell Ausserrhoden²⁰⁰⁰ und Genf vor, wobei in Genf den Branchen besondere Beachtung gilt, die von einem GAV erfasst sind.²⁰⁰¹ Im Kanton Waadt prüft eine tripartite Kommission für alle Programme, ob es zu einer ungewünschten Konkurrenzierung der Privatwirtschaft kommt.²⁰⁰²

- 827 Ohne dies vorliegend zu vertiefen, ist vorerst davon auszugehen, dass eine Grundsatzwidrigkeit von Eingriffen in der oben beschriebenen Art kaum zu bejahen ist, da der Wettbewerb nicht per se verhindert werden soll. Um solche Effekte zu haben, ist das Phänomen vermutungsweise zu wenig verbreitet.²⁰⁰³

IV. Zwischenfazit und Beurteilung der Praxis

- 828 Die Pflicht zur Teilnahme an einem Beschäftigungsprogramm kann gem. WSK-Ausschuss, der ILO und dem ECSR zu Konflikten mit dem Recht auf frei gewählte Beschäftigung führen. Das heisst, das *Ziel der produktiven und frei gewählten Vollbeschäftigung* aus dem ILO-Übereinkommen Nr. 122 kann nicht damit erreicht werden, Personen in sozialhilferechtliche Beschäftigungsverhältnisse zu drängen. Aufgrund des im Vergleich zum Verbot der Zwangsarbeit weiteren Schutzbereichs des Rechts auf frei gewählte Arbeit ist festzuhalten, dass jegliche Aspekte, die unter dem Verbot der Zwangsarbeit bei der Verhältnismässigkeitsprüfung zu berücksichtigen sind – also die legitimen Interessen, Arbeitsbedingungen, persönliche Gründe und die Sanktionen –, auch hier zu berücksichtigen sind, und dies zwar mit einem strengeren Massstab. Ein *Beschäftigungsprogramm ist in aller Regel nicht als frei gewählte Arbeit* anzusehen.
- 829 Ein wesentlicher Aspekt, der durch die Berufsfreiheit verdeutlicht wird, sind die legitimen Ziele, die mit einem Programm verfolgt werden sollen. Ein Programm soll die *Reintegrationschancen* der Teilnehmer_innen erhöhen. Und *die Reintegration soll in eine frei gewählte und produktive – in eine menschenwürdige – Arbeit erfolgen*. Nur falls eine Aussicht auf eine frei gewählte Beschäftigung gefördert wird, scheint eine (vorübergehende) Einschränkung des Rechts auf frei

²⁰⁰⁰ Art. 7 SHV/AR.

²⁰⁰¹ Art. 42A Abs. 3 LIASI/GE.

²⁰⁰² Interview S4.

²⁰⁰³ So auch HÄNZI, S. 79.

gewählte Beschäftigung akzeptabel. So sind unbefristete oder mehrmals – erfolglos – verlängerte Programme nicht mit der Berufsfreiheit vereinbar, sofern weiterhin in Form von Sanktionen ein gewisser Zwang zur Teilnahme aufrechterhalten wird. Diesbezüglich ist eine *Befristung von sanktionsbehafteten Arbeitseinsätzen* zu fordern. Führt ein Programm nicht nach sechs Monaten in eine nächste Stufe der (beruflichen) Integration, sollte nicht erneut dasselbe Programm unter Sanktionsandrohung eingesetzt werden. Dies wird in der schweizerischen Praxis derzeit ungenügend berücksichtigt²⁰⁰⁴ und unterstreicht den Bedarf nach Evaluationen und Berücksichtigung derselben in der Rechtsprechung.

Um die Reintegration effektiv zu fördern, sind entsprechende Programme notwendig, die eine *qualifizierende Komponente* haben und darüber hinaus den Teilnehmer_innen Zeit lassen, sich auf eine Stelle im ersten Arbeitsmarkt zu bewerben. In dieser Hinsicht sind die Abklärungsplätze des Kantons Bern zu kritisieren, aber auch das Programm «Sprungbrett». Ersteres verfolgt das Ziel der Reintegration nicht, Letzteres erreicht es nicht. Diesbezüglich ist erneut die (teilweise) festgestellte Gleichgültigkeit der Gerichte in Bezug auf die Reintegrationschancen zu beanstanden.²⁰⁰⁵ 830

Das Recht auf freie Berufswahl garantiert, wie festgestellt, freie Wahl ohne Zwang. Dies zeigt auch, dass Konflikte mit diesem Grundrecht vermieden werden können, wenn der Sozialhilfeempfänger_in ein *umfassendes Mitspracherecht* bei der Auswahl des Arbeitsprogramms geboten wird. Dieses wäre zu institutionalisieren und allenfalls mit einem Anspruch auf Teilnahme an einem zur Reintegration geeigneten Programm abzusichern.²⁰⁰⁶ 831

Unbefriedigend gelöst wurde dies im VerwG ZH, Urteil VB.2017.00253 v. 04.09.2017, wo dem Beschwerdeführer zwei Massnahmen zur Auswahl geboten wurden, schliesslich aber entgegen seiner Präferenz für Massnahme B eine Teilnahme an Massnahme A verfügt wurde, da der Beschwerdeführer kein Wahlrecht besitze.

Insbesondere ergibt sich daraus die Notwendigkeit, weitere Faktoren in die Zumutbarkeitsprüfung einzubeziehen, namentlich die *Interessen, Wünsche und Fähigkeiten* der Sozialhilfeempfänger_in. Dies setzt auch voraus, dass die Sozialhilfeempfänger_innen wissen, welche Aufgaben sie zu erfüllen haben, und die Gerichte dies auch prüfen.²⁰⁰⁷ Verbesserungspotenzial kann zudem beim Einbezug 832

²⁰⁰⁴ Siehe explizit: N 425.

²⁰⁰⁵ Siehe N 387 f. und N 423 f.

²⁰⁰⁶ Siehe N 714.

²⁰⁰⁷ Entgegen BGE 130 I 71, E. 3; Urteil BGer 8C_156/2007 v. 11.04.2008, E. 6.4.

(der Sozialpartner) in die Programmkonzeption ausgemacht werden und bei der Gewährung einer wirksamen Beschwerde.²⁰⁰⁸

- 833 Die ILO zeigt Bereitschaft, sich mit gewissen Formen von Arbeitsprogrammen vertieft auseinanderzusetzen, wovon die ILO-Empfehlung Nr. 136 zeugt. Diese Empfehlung hat konkrete Kriterien zur Zumutbarkeit von Arbeitsprogrammen erarbeitet und zeigt insbesondere, dass ein umfassender Blick auch für die Arbeitsbedingungen notwendig ist. Es sind *sowohl subjektive als auch objektive Kriterien* enthalten. Eine entsprechende Empfehlung für Arbeitsprogramme für Sozialhilfeempfänger_innen wäre zumindest wünschenswert. Ob sich, wie der WSK-Ausschuss und der ECSR anregen, die Kriterien des ILO-Übereinkommens Nr. 168 zur Übertragung auf sozialhilferechtliche Beschäftigungsprogramme eignen, wird in Kapitel 14 eingehend geprüft, erscheint aber aus Sicht des Rechts auf freie Berufswahl zielführend, würden dadurch doch auch die Arbeitsbedingungen, die bis anhin vage blieben, konkretisiert.

²⁰⁰⁸ Siehe zum Ganzen: STUDER/PÄRLI, *Duty to Work*, S. 104; zum Zugang zum Gericht: HOBI; WIZENT, S. 509; HEUSSER PIERRE, *Rechtsschutz: für die Schwächsten zu schwach*, Plädoyer 1/2009, S. 34–42.

Kapitel 11 Recht auf günstige und gerechte Arbeitsbedingungen

I. Einleitung und Quellen

Die Analyse des Rechts auf Arbeit (Kapitel 8), des Verbots der Zwangsarbeit (Kapitel 9) und des Rechts auf frei gewählte Beschäftigung (Kapitel 10) unter Berücksichtigung einer Perspektive der Unteilbarkeit der Menschenrechte hat ergeben, dass gewisse Mindestarbeitsbedingungen auch in sozialhilferechtlichen Beschäftigungsprogrammen respektiert werden müssen, damit kein Konflikt mit diesen grundlegenden Rechten entsteht. Dies findet seine Begründung teilweise in der Menschenwürde, welche jedem Menschenrecht als Kerngehalt inhärent ist (siehe N 605). In diesem Kapitel werden die Normen der Weltarbeitsverfassung detailliert daraufhin untersucht, wie die Arbeitsbedingungen in sozialhilferechtlichen Beschäftigungsprogrammen ausgestaltet sein sollten, damit das grundsätzliche Ziel, dass alle Arbeit zu menschenwürdigen Bedingungen stattfindet und nicht wie eine Ware gehandelt wird, gewahrt ist. 834

Der Blick in die Weltarbeitsverfassung zeigt, dass die AEMR jeder Person das Recht auf gerechte und befriedigende Arbeitsbedingungen, das Anrecht auf gleichen Lohn für gleiche Arbeit sowie auf gerechte und befriedigende Entlohnung, die eine menschliche Existenz in Würde erlaubt, zusichert (Art. 23 Ziff. 1–3 AEMR). Des Weiteren besteht ein Recht auf Erholung und Freizeit und eine vernünftige Begrenzung der Arbeitszeit (Art. 24 AEMR). 835

Darauf aufbauend hält Art. 7 UN-Pakt I ein Recht auf günstige und gerechte Arbeitsbedingungen fest,²⁰⁰⁹ welches eng mit dem Recht auf Arbeit verknüpft ist und sich mit dem Recht auf ein angemessenes Entgelt, der Sicherheit und Gesundheit 836

²⁰⁰⁹ Daneben sehen auch die gruppenspezifischen UN-Konventionen Bestimmungen zu günstigen und gerechten Arbeitsbedingungen vor. Dies gilt insbesondere für die CEDAW (Art. 11 CEDAW) und die BRK (Art. 27 BRK; siehe dazu N 923 ff., die CEDAW wird nachfolgend nicht behandelt).

am Arbeitsplatz, der Möglichkeit zum beruflichen Aufstieg²⁰¹⁰ und der angemessenen Begrenzung der Arbeitszeit befasst. Die Auseinandersetzung mit dieser Bestimmung drängt sich auf, weil der WSK-Ausschuss in seinen abschliessenden Bemerkungen zum Staatenbericht von Deutschland im Jahr 2011 die Bundesrepublik gerügt hat, die Arbeit gegen Mehraufwandentschädigung nach § 16d SGB II für Sozialhilfeempfänger_innen könne zu Verstössen gegen Art. 7 UN-Pakt I führen.²⁰¹¹

837 Auch die ILO sieht in diversen Übereinkommen Bestimmungen zum Schutz der Arbeitsbedingungen vor. Bereits die ILO-Verfassung erwähnt in ihrer Präambel, dass eine Verbesserung der Arbeitsbedingungen «dringend erforderlich» sei und diese etwa durch die Regelung der Arbeitszeit und die Gewährleistung eines zur Bestreitung des Lebensunterhaltes angemessenen Lohnes und die Anerkennung des Grundsatzes «gleicher Lohn für gleichwertige Arbeit» zu erreichen sei. Des Weiteren hat Art. 8 EMRK Einfluss auf die (menschenrechtskonforme) Ausgestaltung von Arbeitsbeziehungen. Schliesslich enthält die ESC in Art. 2–4 Rechte, welche den Kern eines individuellen Arbeitsverhältnisses bilden.²⁰¹² Diese Quellen werden punktuell als Ergänzung zu Art. 7 UN-Pakt I hinzugezogen, um nachfolgend festzustellen, welche Vorgaben für die Ausgestaltung der Arbeitsbedingungen in sozialhilferechtlichen Beschäftigungsprogrammen gelten. Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist besonders auf Art. 41 Abs. 1 lit. d BV hinzuweisen: Demnach sollen Erwerbsfähige ihren Lebensunterhalt durch Arbeit zu angemessenen Bedingungen bestreiten können.

838 Unter Abschnitt II wird zunächst der Inhalt der Verpflichtungen aus dem Völker- und Verfassungsrecht beschrieben und Abschnitt III untersucht, wie sich diese Grundsätze in sozialhilferechtlichen Beschäftigungsverhältnissen konkretisieren. Dabei ist jeweils in Erinnerung zu rufen, wie diese Grundsätze in der Schweiz durch arbeitsrechtliche Regeln umgesetzt wurden, um zu prüfen, ob allfällige Abweichungen in sozialhilferechtlichen Beschäftigungsverhältnissen gerechtfertigt sind. Die wichtigsten Erkenntnisse fasst Abschnitt IV zusammen.

²⁰¹⁰ Gem. Art. 7 lit. c UN-Pakt I anerkennen die Vertragsstaaten das Recht eines jeden auf die Möglichkeit, in der beruflichen Tätigkeit aufzusteigen, wobei nur Beschäftigungsdauer und Befähigung ausschlaggebend sein dürfen. Dieser Aspekt wird nachfolgend nicht behandelt, da er für die hier untersuchte Frage nicht zentral erscheint.

²⁰¹¹ WSK-Ausschuss, Concluding Observations, Germany, 2011, § 19.

²⁰¹² LÖRCHER, S. 167.

II. Verpflichtungen und Teilgehalte

A. Persönlicher Schutzbereich

Art. 7 UN-Pakt I wird vom WSK-Ausschuss als notwendige Begleitung des 839
Rechts auf frei gewählte Beschäftigung und als notwendige Voraussetzung für
den Zugang zu anderen Pakt-I-Rechten gesehen.²⁰¹³ Der Text von Art. 7 UN-Pakt
I ist in gewissen Bereichen bewusst vage gehalten worden, um den spezialisierten
Organisationen – also der ILO – die Erarbeitung von detaillierten Bestimmungen
zu überlassen.²⁰¹⁴

Mit dem ersten Satz von Art. 7 UN-Pakt I erkennen die Vertragsstaaten das Recht 840
«eines jeden» auf günstige und gerechte Arbeitsbedingungen an. Der deutsche
Vertragstext beschränkt in Art. 7 lit. a UN-Pakt I das Recht auf angemessene
Entlohnung auf «alle Arbeitnehmer».²⁰¹⁵ Die verbindlichen englischen und fran-
zösischen Sprachversionen verwenden die umfassenderen Begriffe «*workers*»
und «*travailleurs*». Gemäss dem WSK-Ausschuss sollen die in Art. 7 UN-Pakt I
enthaltenen Rechte auf alle Arbeiter_innen Anwendung finden, ungeachtet ihrer
Anstellungsform, ihres Geschlechts oder ihres Alters. Auch Arbeiter_innen mit
Behinderungen, (irregularisierte) Migrant_innen, selbständige Arbeiter_innen
und unbezahlte Arbeiter_innen sind davon erfasst.²⁰¹⁶ Der deutsche Vertragstext
ist dementsprechend ebenfalls umfassender auszulegen und so zu verstehen, dass
Personen erfasst werden, die nicht als Arbeitnehmer_innen zu qualifizieren sind,
sondern «nur» als Arbeiter_innen.²⁰¹⁷

Die genaue Bedeutung der Begriffe «*worker*» und «*travailleur*» wurde während 841
der Vertragsverhandlungen nicht restlos geklärt, aber es sollen alle erfasst sein, die
arbeiten, um den Lebensunterhalt zu bestreiten.²⁰¹⁸ So sind von Art. 7 UN-Pakt I
grundsätzlich auch Personen erfasst, die im Rahmen eines sozialhilferechtlichen
Programmes Arbeiten verrichten.²⁰¹⁹ Betreffend lit. b–d ergibt sich dies eindeutig

²⁰¹³ WSK-Ausschuss, General Comment 23 (2016), § 1.

²⁰¹⁴ SAUL/KINLEY/MOWBRAY, S. 395; siehe auch MEDICI, S. 185, zur Interdependenz und Komplementarität zwischen Art. 7 UN-Pakt I und den ILO-Konventionen.

²⁰¹⁵ Vgl. SAUL/KINLEY/MOWBRAY, S. 400.

²⁰¹⁶ WSK-Ausschuss, General Comment 23 (2016), § 5.

²⁰¹⁷ BANAFSCHE, S. 153.

²⁰¹⁸ CRAVEN, S. 228.

²⁰¹⁹ So auch: BANAFSCHE, S. 153.

aus dem Konventionstext, der das Recht «*eines jeden*» auf günstige Arbeitsbedingungen anerkennt; betreffend lit. a ergibt sich dasselbe Resultat über die Auslegung. Allfällige Ausnahmen sind für Programme zu prüfen, die nur eine Ausbildung darstellen und nicht Arbeit.²⁰²⁰

- 842 Auch der ILO-Empfehlung Nr. 198 betreffend das Arbeitsverhältnis lassen sich diverse Hinweise entnehmen, dass die Normen der «Weltarbeitsverfassung» nicht nur Personen schützen sollen, die Arbeit in einem vertraglich geregelten Arbeitsverhältnis im herkömmlichen Sinn verrichten. Als Teil der Bestrebung, menschenwürdige Arbeitsplätze zu schaffen, wird eine klare Regelung angeregt, die es erlaubt, das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses festzustellen. Entscheidend können dabei unterschiedliche Indikatoren sein, wie z.B. die Weisungsgebundenheit der Arbeitnehmer_in und deren Integration in eine fremde Organisation und die Pflicht zur persönlichen Arbeitsverrichtung.²⁰²¹ Weiter kann die Bezahlung eines Entgelts, welches die Haupteinnahmequelle darstellt, und die Anerkennung von Ruhezeiten Indizien für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses darstellen.²⁰²² Dies deutet ebenfalls auf einen breiteren – eher dem ArG ähnelnden²⁰²³ – Arbeitnehmer_innenbegriff hin. Insbesondere in Anbetracht des übergeordneten Ziels, menschenwürdige Arbeitsplätze zu schaffen, lässt sich ein Ausschluss von Sozialhilfeempfänger_innen aus dem internationalrechtlichen Schutz nicht rechtfertigen, selbst wenn ihre Arbeitsleistung nicht durch einen Arbeitsvertrag gem. Art. 319 ff. OR geregelt wird.

B. Entgelt: Gleichbehandlung und Angemessenheit

1. Angemessenheit im Allgemeinen

- 843 Art. 7 lit. a UN-Pakt I präzisiert, dass gerechte und günstige Arbeitsbedingungen ein Arbeitsentgelt umfassen, das mindestens einen (i) angemessenen Lohn und gleiches Entgelt für gleichwertige Arbeit darstellt und (ii) einen angemessenen Lebensunterhalt für die Arbeiter_innen und ihre Familien sichert.
- 844 Der Begriff des angemessenen Lohnes enthält eine Idee von Gerechtigkeit, wonach jede Arbeiter_in den Lohn erhalten soll, der dem sozioökonomischen Wert der ge-

²⁰²⁰ Siehe bereits N 736 sowie nachfolgend: N 860 ff., N 906 ff.

²⁰²¹ ILO-Empfehlung Nr. 198 Art. 13 lit. a.

²⁰²² ILO-Empfehlung Nr. 198 Art. 13 lit. b.

²⁰²³ Siehe dazu nachfolgend N 894 ff.

leisteten Arbeit entspricht.²⁰²⁴ Dies ist keine statische Grösse und hängt daneben auch von der Verantwortung, den benötigten Fähigkeiten und der geforderten Ausbildung ab. Auch der Einfluss der Arbeit auf die Gesundheit und Sicherheit der Arbeiter_in sowie besondere Entbehrungen im Zusammenhang mit dem Privat- und Familienleben sind zu berücksichtigen.²⁰²⁵ Arbeiter_innen sollten Lohn, den sie für bereits geleistete Arbeit erhalten haben, nicht zurückzahlen müssen und Arbeitgeber_innen ist es untersagt, Regeln aufzustellen, wie ein Gehalt eingesetzt werden soll.²⁰²⁶

2. Gleichbehandlung

Gleicher Lohn für gleiche Arbeit ist ein wichtiger Aspekt des Rechts auf gerechte 845 Entlohnung. Diese Bestimmung ist insbesondere gegen die ungleiche Behandlung aufgrund des Geschlechts gerichtet.²⁰²⁷ Es ist jedoch anerkannt, dass die Gleichbehandlung i.S.v. Art. 7 lit. a Ziff. i UN-Pakt I allen Arbeiter_innen ungeachtet von Rasse, ethnischer Zugehörigkeit, Nationalität, Migrations- oder Gesundheitsstatus, Behinderung, Alter, sexueller Orientierung, Geschlechtsidentität oder anderer Gründen zusteht.²⁰²⁸ Wo der Staat als Arbeitgeber_in auftritt, ist die Lohngleichheit so schnell als möglich zu realisieren, dabei handelt es sich um eine unmittelbare Verpflichtung und eine Kernverpflichtung aus Art. 7 UN-Pakt I.²⁰²⁹ Wird die Lohngestaltung direkt vom Staat gesetzlich oder vertraglich reguliert, findet diese unmittelbare Verpflichtung Anwendung. Dies betrifft Arbeiten in der öffentlichen Verwaltung, Arbeiten, die Teil eines öffentlichen Auftrags sind, und Arbeiten in Betrieben, die ganz oder teilweise dem Staat gehören.²⁰³⁰ Auch allenfalls anwendbare GAV hat der Staat zu beachten.²⁰³¹ Hier handelt es sich bei der Kernverpflichtung gleichzeitig auch um eine Achtungspflicht des Staates (*duty to respect*), keine direkt oder indirekt diskriminierenden Arbeits- oder Lohngesetze zu verabschieden oder mit sonstigen Massnahmen diskriminierende Löhne durchsetzen.²⁰³²

²⁰²⁴ SAUL/KINLEY/MOWBRAY, S. 393.

²⁰²⁵ WSK-Ausschuss, General Comment 23 (2016), § 10.

²⁰²⁶ WSK-Ausschuss, General Comment 23 (2016), § 10.

²⁰²⁷ Vgl. Präzisierung in Art. 7 lit. a Ziff. i UN-Pakt I.

²⁰²⁸ WSK-Ausschuss, General Comment 23 (2016), § 11; SAUL/KINLEY/MOWBRAY, S. 427; MEDICI, S. 189; OCHS, S. 95.

²⁰²⁹ WSK-Ausschuss, General Comment 23 (2016), § 53; MEDICI, S. 191.

²⁰³⁰ WSK-Ausschuss, General Comment 23 (2016), § 15; OCHS, S. 100.

²⁰³¹ WSK-Ausschuss, General Comment 23 (2016), § 58.

²⁰³² OCHS, S. 99.

- 846 Das Recht auf gleichen Lohn für gleiche Arbeit verlangt vom Staat, die Gleichwertigkeit verschiedener Arbeiten zu ermitteln und darauf hinzuarbeiten, dass Tätigkeiten von vergleichbarem Wert vergleichbar entlohnt werden.²⁰³³ Die Segregation am Arbeitsmarkt, i.S. einer Unterteilung der Arbeitnehmer_innen in verschiedene Gruppen und verschiedene Arbeitsmärkte, soll überwunden werden.²⁰³⁴

3. Angemessener Lebensunterhalt

- 847 Das Arbeitsentgelt sollte nebst der Gleichheit und Fairness auch einen angemessenen Lebensunterhalt sichern (Art. 7 lit. a Ziff. ii UN-Pakt I). Das Arbeitsentgelt i.S. dieser Bestimmung beinhaltet nicht nur den Lohn, sondern auch indirekte Sach- oder Geldleistungen der Arbeitgeber_in an die Arbeiter_in, wie bspw. Beiträge an die Krankenversicherung, Übernahme von Unterkunft oder Bereitstellung von Essen.²⁰³⁵ Die Praxis des WSK-Ausschusses ist zurückhaltend, wenn es darum geht, die Angemessenheit von Löhnen anzuerkennen, die zu einem (grossen) Teil aus Sachleistungen bspw. in Form von Kost und Logis bestehen.²⁰³⁶ Die Angemessenheit des Entgelts muss mit Referenzen zu äusseren Faktoren wie den Lebenshaltungskosten und dem wirtschaftlichen und sozialen Umfeld festgelegt werden. Es sollte in jedem Fall ausreichend sein, um den Genuss weiterer WSK-Rechte wie insbesondere sozialer Sicherheit, Gesundheit und Bildung zu ermöglichen.²⁰³⁷ Ein angemessener Lebensunterhalt beinhaltet auch Nahrung, Wasser, Hygiene, Unterkunft, Kleidung und weitere Ausgaben.²⁰³⁸ Insgesamt hat ein angemessener Lohn einen angemessenen Lebensstandard i.S.v. Art. 11 UN-Pakt I zu sichern. Das heisst, es soll nicht nur das reine Überleben gesichert werden, sondern auch die Teilnahme am sozialen Leben und die Wahrnehmung von weiteren Menschenrechten.²⁰³⁹ Ein dementsprechendes Mindestlohnsystem zu errichten, sieht der WSK-Ausschuss als eine Kernverpflichtung der Staaten,²⁰⁴⁰ wobei diese Pflicht erst zum Tragen kommt, falls solche Löhne nicht durch private Initiative gesichert

²⁰³³ MEDICI, S. 190; OCHS, S. 94.

²⁰³⁴ MEDICI, S. 190.

²⁰³⁵ WSK-Ausschuss, General Comment 23 (2016), § 7.

²⁰³⁶ SAUL/KINLEY/MOWBRAY, S. 405.

²⁰³⁷ WSK-Ausschuss, General Comment 23 (2016), § 18.

²⁰³⁸ WSK-Ausschuss, General Comment 23 (2016), § 18.

²⁰³⁹ Eingehend: OCHS, S. 120 ff. und S. 133; MEDICI, S. 186 m.w.H.

²⁰⁴⁰ WSK-Ausschuss, General Comment 23 (2016), § 65 (c); auch bereits: OCHS, S. 133.

werden.²⁰⁴¹ Es handelt sich dabei um eine Gewährleistungspflicht (*obligations to fulfil (facilitate)*).²⁰⁴²

Der WSK-Ausschuss konzentriert sich in seinen Schlussberichten eher auf die Frage, ob der Lohn ausreichend für einen angemessenen Lebensunterhalt ist. So kritisiert der WSK-Ausschuss etwa Löhne, die kein Leben oberhalb der Armuts- 848 grenze ermöglichen,²⁰⁴³ Löhne, die keinen bescheidenen Lebensunterhalt ermöglichen,²⁰⁴⁴ und Löhne, die kein würdiges Leben ermöglichen.²⁰⁴⁵ Ein angemessener Lebensunterhalt kann durch einen Mindestlohn gesichert werden. Dieser kann etwa einen bestimmten Prozentsatz des Durchschnittslohnes betragen,²⁰⁴⁶ sollte also nicht willkürlich festgelegt werden.²⁰⁴⁷ Jedoch ist zu bemerken, dass ein Lohn, der einen angemessenen Lebensunterhalt garantiert, nicht zwingend gerecht ist, da damit Faktoren wie die Fähigkeiten, Verantwortung und der wirtschaftliche Wert der Arbeit nicht berücksichtigt sind.²⁰⁴⁸ Unter der ESC wird ein Lohn als ungenügend taxiert, der weniger als 50 % des Durchschnittslohnes beträgt.²⁰⁴⁹ Dabei wurde nie angenommen, dass ein Lohn nur Unterschiede in der Produktivität reflektieren sollte, sondern dem Erwerbseinkommen wurde immer auch eine umfassendere soziale Funktion zugeschrieben.²⁰⁵⁰ Auch das ILO-Übereinkommen Nr. 131 fordert, dass bei der Festsetzung der Mindestlöhne die Lebenshaltungskosten und die wirtschaftlichen Begebenheiten zu berücksichtigen sind.²⁰⁵¹

Auch in diesem Zusammenhang besteht eine staatliche Unterlassungspflicht (*duty to respect*), wonach keine Arbeits- und Lohnpraktiken und insbesondere auch keine Beschäftigungsprogramme und Verwaltungsmassnahmen durchgesetzt werden dürfen, die dazu führen, dass das Arbeitsentgelt nicht für einen angemessenen Le-

²⁰⁴¹ Ähnlich: OCHS, S. 133.

²⁰⁴² WSK-Ausschuss, General Comment 23 (2016), § 61.

²⁰⁴³ WSK-Ausschuss, Concluding Observations, Mexico, 05.01.1994, E/C.12/1993/16, § 6; Ukraine, 28.12.1995, E/C.12/1995/15, § 20.

²⁰⁴⁴ WSK-Ausschuss, Concluding Observations, Kenya, 1993, E/C.12/1993/6, § 12.

²⁰⁴⁵ WSK-Ausschuss, Concluding Observations, Bolivia, 2001, § 17.

²⁰⁴⁶ WSK-Ausschuss, General Comment 23 (2016), § 21.

²⁰⁴⁷ WSK-Ausschuss, Concluding Observations, Bolivia, 2001, § 17.

²⁰⁴⁸ SAUL/KINLEY/MOWBRAY, S. 406.

²⁰⁴⁹ ADAMS/DEAKIN, S. 206.

²⁰⁵⁰ ADAMS/DEAKIN, S. 200.

²⁰⁵¹ Siehe Art. 3 ILO-Übereinkommen Nr. 131 über die Festsetzung von Mindestlöhnen, besonders unter Berücksichtigung der Entwicklungsländer, 1970. Die Schweiz hat dieses Übereinkommen nicht ratifiziert.

bensunterhalt ausreicht.²⁰⁵² Es besteht ebenfalls eine Pflicht, Arbeitnehmer_innen vor Verletzungen von Art. 7 lit. a Ziff. II UN-Pakt I durch nicht staatliche Akteure zu schützen (*duty to protect*).²⁰⁵³ Dies ist vorliegend weniger relevant, da der Staat in der Organisation von sozialhilferechtlichen Beschäftigungsprogrammen unmittelbar beteiligt ist, sei es auch nur mit der Anweisung an eine Person, an einem Programm teilzunehmen.²⁰⁵⁴

- 850 Eine konkrete Empfehlung der ILO, wie die Entlohnung in sozialhilferechtlichen Beschäftigungsprogrammen ausgestaltet sein soll, wurde, soweit ersichtlich, bisher keine verabschiedet. Wie im Zusammenhang mit dem Verbot der Zwangsarbeit und dem Recht auf frei gewählte Beschäftigung bereits angesprochen, wurden aber tiefe Löhne als ein Aspekt identifiziert, der besonders problematisch ist, wenn es darum geht, Beschäftigungsprogramme menschenrechtskonform auszugestalten. Darauf wird in N 876 ff. zurückgekommen.

C. Gesundheitsschutz und Arbeitssicherheit

- 851 Gemäss Art. 7 lit. b UN-Pakt I sind sichere und gesunde Arbeitsbedingungen zu gewährleisten. In diesem Zusammenhang verweist der WSK-Ausschuss u.a. auf das ILO-Übereinkommen Nr. 155 über Arbeitsschutz und Arbeitsumwelt.²⁰⁵⁵ In Anlehnung an dieses Übereinkommen wird unter Art. 7 UN-Pakt I zur Kernverpflichtung erklärt, eine umfassende nationale Politik zur Arbeitssicherheit festzulegen.²⁰⁵⁶ Ähnlich legt Art. 3 ESC fest, dass eine umfassende nationale Politik zur Arbeitssicherheit zu erstellen sei. Auch diese Bestimmung ist durch die entsprechenden ILO-Übereinkommen inspiriert.²⁰⁵⁷
- 852 Die EMRK wirkt sich ebenfalls auf Fragen des Gesundheitsschutzes von Arbeiter_innen aus.²⁰⁵⁸ In *Vilnes u.a. ./ Norwegen*²⁰⁵⁹ wurde festgehalten, dass den Staat sowohl unter Art. 2 als auch unter Art. 8 EMRK positive Pflichten treffen, die

²⁰⁵² OCHS, S. 128; MEDICI, S. 187.

²⁰⁵³ OCHS, S. 129.

²⁰⁵⁴ Siehe bereits: N 471.

²⁰⁵⁵ WSK-Ausschuss, General Comment 23 (2016), § 25.

²⁰⁵⁶ WSK-Ausschuss, General Comment 23 (2016), § 65 (c).

²⁰⁵⁷ LÖRCHER, Safe and Healthy, S. 182.

²⁰⁵⁸ PÄRLI, EMRK, S. 1678.

²⁰⁵⁹ EGMR v. 05.12.2013, Appl. No. 52806/09 und 22703/10, *Vilnes u.a. ./ Norwegen*.

darauf ausgerichtet seien, die Sicherheit und Gesundheit von Arbeitnehmer_innen zu schützen.

Die Pflichten aus Art. 2 EMRK waren im zu beurteilenden Fall nicht verletzt, da die Behörden umfassende technische Massnahmen getroffen hatten, um das Leben und die Gesundheit der beschwerdeführenden Tiefseetaucher zu schützen.²⁰⁶⁰ So bestanden detaillierte Regelungen und eine Überwachung der Vorgaben.²⁰⁶¹ Jedoch hatte Norwegen Art. 8 EMRK verletzt, weil nicht sichergestellt wurde, dass die Taucher ausreichend Informationen erhielten, um in die Gesundheitsgefährdung einwilligen zu können.²⁰⁶² Ob jedoch das Erfordernis einer Einwilligung im arbeitsrechtlichen Kontext, wo auch eine Weisungsbindung der Arbeitnehmer_innen gegeben ist, ausreicht, um eine Verletzung der Schutzpflichten aus Art. 8 EMRK auszuschliessen, wird zu Recht bezweifelt.²⁰⁶³

In einem weiteren Entscheid hielt der EGMR fest, dass Malta seine Schutzpflichten unter Art. 2 und Art. 8 EMRK²⁰⁶⁴ verletzt hat, in dem erst gut 15 Jahre nach der wissenschaftlichen Erkenntnis, dass Asbest seriöse Gefahren für die Gesundheit birgt, gesetzgeberische Massnahmen zum Schutz vor Asbest ergriffen wurden.²⁰⁶⁵ 853

Dabei bezieht der EGMR in der Argumentation auch die ILO-Empfehlung Nr. 172 zum Umgang mit Asbest ein, um der Frage nachzugehen, ab welchem Zeitpunkt der maltesischen Regierung die Gefahren von Asbest bewusst gewesen sein mussten.²⁰⁶⁶ Diese integrative Auslegung wurde gem. Kritikern im Entscheid *Vilnes ./. Norwegen* gerade nicht angewandt.²⁰⁶⁷

²⁰⁶⁰ EGMR, *Vilnes u.a. ./. Norwegen*, § 232.

²⁰⁶¹ EGMR, *Vilnes u.a. ./. Norwegen*, § 224.

²⁰⁶² EGMR, *Vilnes u.a. ./. Norwegen*, § 245.

²⁰⁶³ Ähnlich mit Bezug auf Art. 2 EMRK: SCHUBERT, N 7 zu Art. 2 EMRK; auch kritisch: LÖRCHER, Anmerkungen, insbesondere mit Blick auf die Problematik eines Grundrechtsverzichts.

²⁰⁶⁴ In Bezug auf einen infolge einer von Asbest verursachten Erkrankung verstorbenen Beschwerdeführer wurde die Verletzung von Art. 2 EMRK festgestellt, in Bezug auf die Beschwerdeführer, die an einer Asbest verursachten Erkrankung litten, aber nicht verstorben waren, wurde eine Verletzung von Art. 8 EMRK festgestellt.

²⁰⁶⁵ EGMR v. 24.07.2014, Appl. No. 60908/11, 62110/11, 62129/11, 62312/11, 62338/11, *Brincat u.a. ./. Malta*, § 109, 117; siehe in ähnlichem Zusammenhang auch EGMR v. 11.03.2014, Appl. No. 52067/10, 41072/11, *Howald Moor u.a. ./. Schweiz*, wo der EGMR festgehalten hat, dass die absoluten Verjährungsfristen für Klagen von Asbestopfern gegen ihren Arbeitgeber das Recht auf ein faires Verfahren gem. Art. 6 EMRK verletzen.

²⁰⁶⁶ EGMR, *Brincat u.a. ./. Malta*, § 105.

²⁰⁶⁷ LÖRCHER, Anmerkungen.

- 854 Die Entscheidung *Dolopoulos ./. Griechenland* lässt darauf schliessen, dass Art. 8 EMRK eine Pflicht zum Schutz vor psychischen Erkrankungen am Arbeitsplatz beinhaltet. Griechenland habe Art. 8 EMRK jedoch nicht verletzt, da für den Beschwerdeführer die Möglichkeit bestanden habe, sich vor den griechischen Behörden zu beschweren, obwohl psychische Erkrankungen nicht explizit als Berufskrankheit im innerstaatlichen Recht geschützt seien.²⁰⁶⁸ Auch hier stützte sich der EGMR wesentlich auf einschlägige EU-Richtlinien, die ESC²⁰⁶⁹ und relevante ILO-Bestimmungen, um zu dieser Entscheidung zu gelangen.²⁰⁷⁰
- 855 Der Schutz von sicheren und gesunden Arbeitsbedingungen unter Art. 2 und Art. 8 EMRK in Form einer Schutzpflicht ist als Grundsatz – trotz der erwähnten Kritik (N 852) – anerkannt. Dies umso mehr, falls der Staat die gefährliche Arbeitstätigkeit organisiert oder autorisiert.²⁰⁷¹ Sowohl die Entscheidung *Brincat u.a. ./. Malta* als auch die später ergangene Entscheidung *Dolopoulos ./. Griechenland* zeigen, dass der EGMR einen integrativen Auslegungsansatz wählt und sich zur Bestimmung des Schutzbereichs von Art. 8 EMRK auch auf die ILO-Übereinkommen und -Empfehlungen stützt. Weiter sind auch die Bestimmungen zum Gesundheitsschutz gem. Art. 11 ESC und diejenigen zu günstigen und gerechten Arbeitsbedingungen gem. Art. 2–4 ESC in engem Zusammenhang mit den Schutzpflichten nach Art. 2 und 8 EMRK zu sehen. Mit den detaillierteren ESC-Bestimmungen wird die effektive Ausübung der EMRK-Rechte gesichert.²⁰⁷²
- 856 Auch unbezahlte Arbeiter_innen, wie etwa unbezahlte Praktikant_innen, Lernende und Freiwillige gem. dem WSK-Ausschuss, haben ein Recht auf sichere und gesunde Arbeitsbedingungen, inkl. sozialer Sicherheit, Ruhe- und Freizeit sowie einer angemessenen Beschränkung der Arbeitszeit.²⁰⁷³ Es ist auch in diesem Zusammenhang von einem weiten Arbeitnehmer_innenbegriff auszugehen (siehe bereits N 839 f.), was insbesondere in Bezug auf das Recht auf Gesundheitsschutz und Arbeitssicherheit folgerichtig scheint. Die EGMR-Rechtsprechung in diesem Bereich legt schlüssig dar, dass es bei diesen Aspekten letztlich um die Gewährleistung des Rechts auf Leben und den Schutz des Privatlebens geht. Dabei kön-

²⁰⁶⁸ EGMR v. 17.11.2015, Appl. No. 36656/14, *Dolopoulos ./. Griechenland*, § 56.

²⁰⁶⁹ Dabei wurde insbesondere Art. 26 ESC erwähnt, der das Recht auf Würde am Arbeitsplatz fördert und dabei Schritte gegen sexuelle Belästigung und andere feindselige Handlungen am Arbeitsplatz fordert.

²⁰⁷⁰ EGMR, *Dolopoulos ./. Griechenland*, § 28 und 48 insbes.

²⁰⁷¹ SCHUBERT, N 7 zu Art. 2 EMRK.

²⁰⁷² Vgl. LÖRCHER, *Safe and Healthy*, S. 197.

²⁰⁷³ WSK-Ausschuss, General Comment 23 (2016), § 47 (j).

nen die staatlichen Verpflichtungen nicht von der Entgeltlichkeit einer Arbeitsleistung abhängig gemacht werden.

D. Arbeitszeit

Um ein angemessenes Gleichgewicht zwischen Arbeit, Freizeit, persönlichen und familiären Verpflichtungen zu ermöglichen und um arbeitsbedingtem Stress, Unfällen und Krankheiten vorzubeugen, sind die Arbeitszeiten zu limitieren und bezahlte Ferien zu gewähren. Dadurch wird auch die Realisierung anderer Pakt-I-Rechte gefördert. Der WSK-Ausschuss gesteht den Staaten zwar Flexibilität zu, es ist aber ein Mindeststandard festzusetzen und einzuhalten. Gemäss Art. 7 lit. d UN-Pakt I sind zu gewährleisten: Arbeitspausen, Freizeit, eine angemessene Begrenzung der Arbeitszeit, regelmässiger, bezahlter Urlaub sowie Vergütung gesetzlicher Feiertage. Diese Aspekte sind durch diverse ILO-Übereinkommen spezifischer geregelt und auf diese verweist der WSK-Ausschuss.²⁰⁷⁴ Gemäss diesem sei etwa die tägliche Arbeitszeit auf acht Stunden zu begrenzen und Ausnahmen dazu eng zu umgrenzen. Falls längere Arbeitszeiten zugelassen werden, sollte eine Möglichkeit zur Kompensation bestehen. In jedem Fall soll die Gesetzgebung keine Arbeitszeiten zulassen, die das Zumutbare überschreiten.²⁰⁷⁵

Das Bundesgericht betrachtet Art. 7 UN-Pakt I, insbes. lit. d, nicht als direkt anwendbar,²⁰⁷⁶ was sich grundsätzlich mit der Ansicht des WSK-Ausschusses zu den staatlichen Verpflichtungen zu decken scheint. Dies soll nicht darüber hinwegtäuschen, dass sich aus Art. 7 UN-Pakt I staatliche Verpflichtungen ergeben, wonach die Arbeitsbedingungen zu regulieren sind.²⁰⁷⁷

Die ESC enthält in Art. 2, insbesondere Abs. 1, 2, 3, 5 und 7, eine detailliertere Auflistung der Aspekte, die bei der zeitlichen Ausgestaltung eines Arbeitsverhältnisses zu berücksichtigen sind. Auch diese Bestimmung basiert wesentlich auf

²⁰⁷⁴ WSK-Ausschuss, General Comment 23 (2016), § 34 ff., m.H.a. ILO-Übereinkommen Nr. 1, Nr. 30, Nr. 156.

²⁰⁷⁵ WSK-Ausschuss, General Comment 23 (2016), § 35 f.

²⁰⁷⁶ BGE 136 I 290, E. 2.2.3.

²⁰⁷⁷ Für kritische Besprechungen dieses Urteils siehe beispielsweise: WÜGER DANIEL, Entschädigungspflicht für gesetzliche Feiertage – unterschiedliche Praxis des Bundesgerichts zu Art. 110 Abs. 3 BV und Art. 7 Bst. d UNO-Pakt I bleibt bestehen, ARV 2011, S. 100–103; SCHMID EVELYNE, Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, 4.5.2010, X. c. Z., Rekurs; BGE 136 I 290–295, AJP 2011, S. 983–984.

den entsprechenden ILO-Übereinkommen.²⁰⁷⁸ In Abweichung vom ILO-Übereinkommen Nr. 1²⁰⁷⁹ interpretiert der ECSR Art. 2 Abs. 1 ESC so, dass unter keinen Umständen länger als 13 Stunden/Tag gearbeitet werden darf. Der ECSR gelangt im Umkehrschluss zur EU-RL 2003/88/EG,²⁰⁸⁰ die eine mindestens 11-stündige Ruhezeit pro Tag vorschreibt, zu diesem Resultat.²⁰⁸¹

- 859 Der EGMR zeigt sich bezüglich einer Schutzpflicht zur Regelung von Arbeitszeiten zurückhaltend. Im Fall *Tibet Mentés u.a. ./.* *Türkei* machten die Beschwerdeführer geltend, das Verweigern einer Kompensationszahlung für geleistete Überstundenarbeit, Arbeit an Wochenenden und an Feiertagen sowie die Bezahlung für nicht bezogene Ferien²⁰⁸² verletze Art. 4 EMRK, also das Verbot der Zwangs- und Pflichtarbeit. Nach dem in Kapitel 9 Ausgeführten zum Verbot der Zwangsarbeit ist nicht erstaunlich, dass der EGMR diese Beschwerde abwies. Denn gerade Arbeit, die in einem frei ausgehandelten Arbeitsvertrag ausgeübt wird, ist keine Zwangs- oder Pflichtarbeit, nur weil allenfalls (arbeitsrechtliche) Sanktionen drohen, wenn man sich weigert, Arbeit unter den vereinbarten Bedingungen zu verrichten.²⁰⁸³ Der EGMR prüfte die Beschwerde nicht unter Art. 8 EMRK.²⁰⁸⁴

Dementsprechend scheint auch die Meinung von LÖRCHER, dass im Sinne der integrativen Auslegung die zulässige Arbeitszeit auf acht Stunden pro Tag zu begrenzen sei,²⁰⁸⁵ gewagt. Ein Schutz vor übermäßigen Arbeitszeiten wird in der EMRK wohl als Erstes i.S. des bereits anerkannten Gesundheitsschutzes erfolgen und dabei scheinen in der Tat

²⁰⁷⁸ LÖRCHER, S. 168.

²⁰⁷⁹ Von der Schweiz nicht unterzeichnet oder ratifiziert.

²⁰⁸⁰ Richtlinie 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. November 2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung, L 299/9.

²⁰⁸¹ Kritisch dazu: LÖRCHER, S. 171.

²⁰⁸² EGMR v. 24.10.2017, Appl. No. 57818/10 u.a., *Tibet Mentés u.a. ./.* *Türkei*, § 11–12; die Beschwerdeführer hatten alle über mehrere Monate im Schichtbetrieb gearbeitet und dabei bis zu 139,5 Überstunden pro Monat akkumuliert.

²⁰⁸³ EGMR, *Tibet Mentés u.a. ./.* *Türkei*, § 67.

²⁰⁸⁴ Die European Trade Union Confederation (ETUC) plädierte in ihrer Intervention als Drittpartei dafür, dass die Beschwerde unter Art. 8 EMRK zu betrachten sei, da die exzessiven Arbeitszeiten zu einer Verletzung des Privatlebens führen könne, vgl. EGMR, *Tibet Mentés u.a. ./.* *Türkei*, § 66. Darauf ging der EGMR jedoch nicht ein; die separate Meinung von Richter Lemmens hielt fest, dass die Beschwerde besser an den ECSR gerichtet worden wäre, vgl. EGMR, *Tibet Mentés u.a. ./.* *Türkei*, Concurring opinion Judge Lemmens, § 5.

²⁰⁸⁵ LÖRCHER KLAUS, Soziale Menschenrechte im individuellen Arbeitsrecht nach Demir und Baykara – am Beispiel von Art. 8 EMRK (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens), Arbeit und Recht, Vol. 59, No. 3 (März 2011), S. 88–92, S. 92.

nicht jegliche Arbeitszeiten von mehr als acht Stunden pro Tag problematisch, so dass flexiblere Lösungen möglich bleiben müssen.²⁰⁸⁶

E. Besondere Stellung von Lehrverhältnissen und Ausbildungen

Die Stellung von Personen, die eine Lehre oder eine andere Ausbildung am Arbeitsplatz absolvieren, ist vor allem betreffend Entlohnung gesondert zu betrachten. Insbesondere ein Berufsbildungssystem, welches auf dem Arbeitsmarkt verwertbare Abschlüsse verleiht, ist als Schritt zur Realisierung des Rechts auf Arbeit anzusehen. Es handelt sich dabei um anerkannte Massnahmen zur Bekämpfung oder Vorbeugung der (Jugend-)Arbeitslosigkeit. Dies ergibt sich bereits aus Art. 6 Abs. 2 UN-Pakt I. Dementsprechend gehören Ausbildungsprogramme zu den zu unternehmenden Schritten, um die Vollbeschäftigung zu realisieren. So wird Vertragsstaaten unter Art. 6 und 7 UN-Pakt I auch empfohlen, die Qualität, Diversität und Anzahl von Berufsbildungsangeboten zu erhöhen.²⁰⁸⁷ 860

Die ILO hat bereits 1939 eine erste Empfehlung im Zusammenhang mit Berufsbildung veröffentlicht,²⁰⁸⁸ in welcher auch empfohlen wurde, Löhne für Lernende zu bestimmen.²⁰⁸⁹ Die Empfehlung wurde danach mehrmals revidiert. Unterdessen sind das ILO-Übereinkommen Nr. 142 zur Erschliessung des Arbeitskräftepotentials²⁰⁹⁰ und die ergänzende Empfehlung zur Entwicklung von Humanressourcen (Nr. 195) massgebend. Letztere unterstreicht, dass eine Politik, die das lebenslange Lernen fördert, verfolgt werden soll und damit Kompetenzen, Qualifikation und die Vermittlungsfähigkeit gefördert werden sollen. Dies soll schliesslich zu menschenwürdiger Arbeit führen. So ist die Effektivität der Berufsbildung ein Faktor, der bei der Evaluation der Agenda für menschenwürdige Arbeit einbezogen wird.²⁰⁹¹ 861

²⁰⁸⁶ Auch der WSK-Ausschuss äussert sich dahingehend, dass flexible Lösungen in Bezug auf Arbeitszeit möglich sein sollen, General Comment 23 (2016), § 46.

²⁰⁸⁷ WSK-Ausschuss, Concluding Observations, Austria, 2013, § 16.

²⁰⁸⁸ Empfehlung Nr. 60 betreffend das Lehrlingswesen, 1939 (Nr. 60).

²⁰⁸⁹ Art. 4 ILO-Empfehlung Nr. 60.

²⁰⁹⁰ Übereinkommen Nr. 142 über die Berufsberatung und die Berufsbildung im Rahmen der Erschliessung des Arbeitskräftepotentials vom 23. Juli 1975, SR 0.822.724.2.

²⁰⁹¹ Vgl. ILO, Decent work indicators: guidelines for producers and users of statistical and legal framework indicators: ILO manual: second version, Genf 2013; ILO, Decent Work Country Profile Austria, Genf 2009, S. 1 f.; siehe hierzu auch die Ausführungen zu ILO-Empfehlung Nr. 136 in N 822 ff.

- 862 Unter der EMRK hilft die Antwort auf die Frage, ob ein Arbeitsverhältnis eine
Bildungskomponente aufweist, festzustellen, ob ein Arbeitsverhältnis übermässig
belastend ist und daher Zwangsarbeit darstellt.²⁰⁹²
- 863 Der ECSR hält zur Frage der Entlohnung in Verhältnissen, die Arbeit und Aus-
bildung kombinieren und in Art. 1 Abs. 4 ESC verankert sind, zutreffend fest, dass
Lernende einen tieferen Lohn erhalten können. Der Wert der Ausbildung kann
einbezogen werden, um die Angemessenheit der Entlohnung zu bestimmen. Das
Berufsbildungssystem darf jedoch nicht dazu missbraucht werden, um junge Ar-
beitnehmer_innen ungenügend zu bezahlen. Die Bezahlung sollte zudem im Laufe
der Ausbildung ansteigen.²⁰⁹³
- 864 Zudem ist unter der ESC anerkannt worden, dass eine Lehre im Sinne des dua-
len Berufsbildungssystems der Schweiz Bestandteil des Bildungssystems ist und
mit anderen Arten der Schul- und Hochschulbildung zu vergleichen ist. Das duale
Berufsbildungssystem ist daher auf seine Vereinbarkeit mit dem Recht auf Berufs-
bildung gem. Art. 10 ESC zu prüfen und nicht als (allfällige) Verletzung der Ver-
pflichtungen zum Jugendschutz gem. Art. 7 ESC zu behandeln.²⁰⁹⁴

F. Zwischenfazit

- 865 Es ergeben sich also aus Art. 7 UN-Pakt I insbesondere drei Aspekte, welche güns-
tige und gerechte – und somit würdige – Arbeitsbedingungen ausmachen: Ent-
lohnung, Gesundheitsschutz (inkl. Arbeitszeit und Freizeit) und Arbeitssicherheit.
Insbesondere im Bereich der angemessenen Entlohnung kann vom Grundsatz,
dass der Lohn den Lebensunterhalt sicherstellen soll, abgewichen werden, wenn
mit der Arbeit eine Ausbildung und somit ein zusätzlicher, nicht monetärer Vorteil
verbunden ist. Der Lohn hat aber fair zu sein und Anerkennung für die erbrachte
Leistung zum Ausdruck bringen. Art. 7 UN-Pakt I enthält überwiegend progressiv

²⁰⁹² Vgl. EGMR, *C.N. und V. ./.* Frankreich, § 81; siehe ausführlich: N 768 f.

²⁰⁹³ ECSR, Digest, S. 110.

²⁰⁹⁴ Dies war Gegenstand von Verhandlungen zwischen dem Bundesrat und einer Delegation des ECSR im Hinblick auf eine mögliche Ratifizierung der ESC durch die Schweiz, siehe: Bericht des Bundesrates vom 2. Juli 2014 über die revidierte Sozialcharta. In Erfüllung des Postulats 10.3004 der Aussenpolitischen Kommission des Ständerates «Vereinbarkeit der revidierten Europäischen Sozialcharta mit der schweizerischen Rechtsordnung» vom 12. Januar 2010, S. 26. Zu den vormals bestehenden Unsicherheiten betreffend die Vereinbarkeit gewisser Aspekte der dualen Berufsbildung mit dem Recht auf Jugendschutz: PÄRLI/IMHOF, N 148 ff.

zu erfüllende Verpflichtungen für die Staaten. Sie haben konkrete und gezielte Schritte zur Verwirklichung günstiger und gerechter Arbeitsbedingungen zu unternehmen und dabei alle verfügbaren Ressourcen einzusetzen.²⁰⁹⁵ Bei der Umsetzung kommt ihnen ein Handlungsspielraum zu und eine genügende Umsetzung kann auch in Gesamtarbeitsverträgen erfolgen und hat nicht zwingend im Gesetz geregelt zu sein.²⁰⁹⁶ Die Staaten sind aber zu Massnahmen verpflichtet, die das Recht auf günstige und gerechte Arbeitsbedingungen tatsächlich verwirklichen.²⁰⁹⁷

Art. 41 Abs. 1 lit. d BV überschneidet sich inhaltlich mit Art. 7 UN-Pakt I.²⁰⁹⁸ 866 Auch Ersterer unterliegt faktisch einer progressiven Implementierungspflicht sowie einem Regressionsverbot.²⁰⁹⁹ Das Gewährleisten angemessener Arbeitsbedingungen stellt also sowohl aus völker- als auch aus verfassungsrechtlicher Sicht eine Daueraufgabe des Staates dar.²¹⁰⁰

III. Konkretisierung im Zusammenhang mit sozialhilferechtlichen Beschäftigungsverhältnissen

A. Allgemeines

Es stellt sich nun die Frage, ob und in welchem Umfang diese Rechte auch in sozialhilferechtlichen Beschäftigungsprogrammen gelten und ob ein abweichendes Schutzniveau zu rechtfertigen ist, ohne dass dabei die Pflichten aus Art. 7 UN-Pakt I verletzt werden. Die internationale Praxis ist diesbezüglich nicht umfangreich – auch wenn sich aus der bereits erfolgten Analyse ergeben hat, dass besonders tiefe Entlohnung und sehr strenge Arbeitsbedingungen ein sozialhilferechtliches Beschäftigungsverhältnis eher als Zwangsarbeit und eher als nicht frei gewählte Arbeit erscheinen lassen. 867

²⁰⁹⁵ WSK-Ausschuss, General Comment 23 (2016), § 50.

²⁰⁹⁶ WSK-Ausschuss, General Comment 23 (2016), § 51.

²⁰⁹⁷ WSK-Ausschuss, General Comment 23 (2016), § 60.

²⁰⁹⁸ BIGLER-EGGENBERGER/SCHWEIZER, St. Galler Kommentar, N 55 zu Art. 41 BV; MEDICI, S. 178.

²⁰⁹⁹ GÄCHTER/WERDER, BSK-BV, N 8 zu Art. 41 BV.

²¹⁰⁰ TSCHUDI H. P., S. 372.

- 868 Wie erwähnt, hat sich der WSK-Ausschuss in seinen Schlussbemerkungen zum Staatenbericht Deutschlands im Jahr 2011 kritisch bezüglich der Vereinbarkeit der Arbeitsgelegenheiten gem. SGB II für Bezüger_innen des Arbeitslosengelds II geäußert. Unter anderem könne die Verpflichtung zur Annahme von unbezahlter gemeinnütziger Arbeit Art. 6, 7 und 9 des UN-Pakts I verletzen.²¹⁰¹ Dies zeigt, dass Teilnehmer_innen an sozialhilferechtlichen Beschäftigungsprogrammen Arbeiter_innen i.S. des Art. 7 UN-Pakt I sind und dass sich die Arbeitsbedingungen demnach im Rahmen von Art. 7 UN-Pakt I zu bewegen haben. Ähnlich sind die Schlussbemerkungen gegenüber Kanada zu interpretieren, in welchen in Bezug auf das kanadische Workfare-Programm bemängelt wurde, dass es sich dabei um Arbeit ohne den Schutz grundlegender Arbeitsrechte und Arbeitsschutzbestimmungen handle.²¹⁰²
- 869 Die drängendste und komplexeste Frage ist, wie sich Art. 7 UN-Pakt I auf die Frage der Entlohnung von Arbeitseinsätzen in sozialhilferechtlichen Beschäftigungsprogrammen auswirkt. Diese wird gerade anschliessend beantwortet (B). Danach folgen Ausführungen zum Gesundheitsschutz, zur Arbeitssicherheit und zu den Arbeitszeiten (C) sowie zu Lehrverhältnissen und qualifizierenden Programmen (D).

B. Entgelt

1. Grundsätze und kantonale Mindestlöhne

- 870 Wie bereits in Kapitel 1 (N 31 ff.) angesprochen ist das schweizerische Arbeitsrecht besonders von der Vertragsfreiheit geprägt, wobei sich insbesondere aus Art. 8 Abs. 3 BV, den zwingenden Bestimmungen des OR und dem kollektiven Arbeitsrecht Vorschriften ergeben, die als Umsetzungsschritte hin zu günstigen und gerechten Arbeitsbedingungen gelten können.
- 871 Die Schweiz kennt keinen schweizweit gesetzlich bindenden Mindestlohn. Gemäss Art. 322 Abs. 1 OR hat der Lohn ausgerichtet zu werden, der verabredet, üblich oder durch einen NAV oder GAV bestimmt ist.

Schon kurze Zeit nach Anerkennung des verfassungsmässigen Rechts auf Existenzsicherung argumentierte GEISER gestützt auf das neue verfassungsmässige Recht für die Anerkennung eines Mindestlohns in der Höhe des Rechts auf Existenzsicherung. Nach GEISER sind Löhne unterhalb der Existenzsicherung persönlichkeitsverletzend i.S. einer übermässigen Bindung, da die wirtschaftliche Freiheit dadurch aufgehoben oder

²¹⁰¹ WSK-Ausschuss, Concluding Observations, Germany, 2011, § 19.

²¹⁰² WSK-Ausschuss, Concluding Observations, Canada, 1998, § 30.

in einem Masse eingeschränkt wird, dass die Grundlagen der wirtschaftlichen Existenz gefährdet werden.²¹⁰³ Diese Ansicht hat sich nicht durchgesetzt.²¹⁰⁴ Jüngst leitete DE ROSSA GISIMUNDO aus der konstitutiven Funktion der Menschenwürde eine Pflicht der Bundesgesetzgeberin zum Erlass eines gerechten Mindestlohns ab, der deutlich über dem Unterstützungsniveau von Art. 12 BV zu liegen habe.²¹⁰⁵ Auf jeden Fall ist festzuhalten, dass Löhne, die Arbeitnehmer_innen trotz einer Vollerwerbstätigkeit zwingen, Sozialhilfe zu beziehen, dem ethischen Empfinden und dem Sozialziel in Art. 41 Abs. 1 lit. d BV nicht gerecht werden.²¹⁰⁶

Die Lohngestaltung wird bewusst den Sozialpartner_innen überlassen.²¹⁰⁷ Mit der Allgemeinverbindlicherklärung von GAV hat der Bundesrat zumindest eine Möglichkeit, den Geltungsbereich der GAV und der darin (teilweise) normierten Mindestlöhne zu vergrössern.²¹⁰⁸

Hingegen kennen die Kantone Neuenburg, Jura und Tessin alle seit Volksabstimmungen einen kantonalen Mindestlohn.²¹⁰⁹ In den Kantonen Neuenburg und Tessin wurde je eine zusätzliche Verfassungsbestimmung geschaffen, im Kanton Jura wurde der Mindestlohn in Form einer allgemeinen Gesetzesinitiative²¹¹⁰ eingebracht, welche sich als Umsetzungsgesetzgebung von Art. 19 Abs. 3 KV/JU (*«Chaque travailleur a droit au salaire qui lui assure un niveau de vie décent»*) und damit als einen Aspekt des Rechts auf Arbeit (siehe Kapitel 8) versteht. Bis zur konkreten Umsetzung dieser Volksbegehren verging in allen Kantonen aufgrund juristischer und politischer Auseinandersetzungen einige Zeit. Für Klärung und etwas Beschleunigung sorgte das Bundesgericht Ende Juli 2017, indem es die

²¹⁰³ GEISER, N 3.9, m.H.a. BGE 114 II 162.

²¹⁰⁴ Siehe mit Kritik an GEISERS Vorschlag bezüglich der Justiziabilität: DE ROSSA GISIMUNDO, S. 549.

²¹⁰⁵ DE ROSSA GISIMUNDO, S. 553 f.

²¹⁰⁶ BIGLER-EGGENBERGER/SCHWEIZER, St. Galler Kommentar, N 59 zu Art. 41 BV; siehe auch zum Working-poor-Phänomen grundlegend: HUG OLAV GUSTAV, Staatliche Existenzsicherung in der Schweiz – unter besonderer Berücksichtigung des Working Poor-Phänomens, Diss. Freiburg i.Ue., Zürich 2014.

²¹⁰⁷ Vgl. Botschaft zur Volksinitiative «Für den Schutz fairer Löhne (Mindestlohn-Initiative)» vom 16. Januar 2013, BBl 2013 1211 ff., 1230; siehe auch: DE ROSSA GISIMUNDO, S. 542 f.

²¹⁰⁸ Siehe insbes. N 37.

²¹⁰⁹ In den Kantonen Waadt, Genf und Wallis wurden entsprechende Vorstösse von den Stimmberechtigten abgelehnt, siehe für eine Übersicht: DANTHE MARIE GISELE, Le salaire minimum en Suisse, Jusletter vom 12. Februar 2018, N 15 ff.

²¹¹⁰ Vgl. Art. 75 Abs. 1 KV/JU.

Beschwerden gegen die Umsetzungsgesetzgebung im Kanton Neuenburg abwies. Nach diesem Urteil trat im Kanton Neuenburg ein Mindestlohn von CHF 20/Stunde gem. Art. 32d Abs. 1 LEmpl/NE in Kraft.²¹¹¹

Vor Bundesgericht wurde u.a. argumentiert, ein Mindestlohn von CHF 20/Stunde sei eine Verletzung des Grundsatzes (Art. 94 BV) und des Grundrechts (Art. 27 BV)²¹¹² der Wirtschaftsfreiheit und sei zudem nicht mit der bundesrechtlichen Kompetenzordnung vereinbar, da der Bund alleine das Zivilrecht und somit das Arbeitsrecht regle.²¹¹³ Ebenfalls wurde vorgebracht, die Umsetzung sei nicht mit dem kantonalen Verfassungsauftrag vereinbar²¹¹⁴ und verletze den Grundsatz der Rechtsgleichheit gem. Art. 8 BV.²¹¹⁵ Das Bundesgericht hielt jedoch fest, dass es sich bei der Einführung eines kantonalen Mindestlohns um ein Instrument der Sozial- und nicht etwa der Wirtschaftspolitik handle, welches geeignet sei, das Phänomen der Working Poor zu bekämpfen.²¹¹⁶ Das Argument der Beschwerdeführerinnen, es handle sich um eine wirtschaftspolitische Massnahme, da der Lohn zu hoch angesiedelt sei, um lediglich eine menschenwürdige Existenz zu sichern, verfiel nicht. Gemäss Bundesgericht ist es nicht zu beanstanden, dass nicht auf die Ansätze der Sozialhilfe, sondern auf die Ansätze der Ergänzungsleistungen abgestellt wurde. Auch diese seien noch genügend tief, damit es sich um ein sozial- und nicht um ein wirtschaftspolitisches Instrument handle.²¹¹⁷ Das Abstellen auf die Ansätze der Sozialhilfe hätte in der Praxis zu nicht vernachlässigbaren Schwierig-

²¹¹¹ Siehe zum Widerstand des jurassischen Parlaments, sich mit der Umsetzungsgesetzgebung zu befassen: RJJ 2016, S. 31; Urteil BGer 1C_470/2016 v. 10.03.2017; im Kanton Tessin wurde zunächst das Urteil des BGer betreffend den Kanton Neuenburg abgewartet, vgl. Rapporto No. 7452 della Commissione gestione e finanze sul messaggio 8 novembre 2017 concernente la nuova Legge sul salario minimo v. 26.11.2019.

²¹¹² BGE 143 I 403, E. 5.

²¹¹³ BGE 143 I 403, E. 7.

²¹¹⁴ BGE 143 I 403, E. 8.

²¹¹⁵ BGE 143 I 403, E. 9.

²¹¹⁶ BGE 143 I 403, E. 5.4.2.

²¹¹⁷ Dass diese Unterscheidung zwischen einer sozial- und wirtschaftspolitischen Massnahme sich aufdrängen würde und insbesondere auch anhand der Höhe des vorgesehenen Mindestlohns zu entscheiden sein würde, hatte das Bundesgericht bereits im Urteil BGer 1C_357/2009 v. 08.04.2010, E. 3.3, klargestellt. Dieses Urteil befasste sich mit der Ungültigkeitserklärung der Initiative für einen kantonalen Mindestlohn in Genf und das BGer hielt fest, ein kantonaler Mindestlohn habe sich in der Nähe der sozialversicherungsrechtlichen Mindestansätze zu bewegen, damit keine wirtschaftspolitische Massnahme vorliege und somit eine Verletzung der Wirtschaftsfreiheit; siehe auch Hinweis bei PERRENOUD STÉPHANIE, *Les origines et l'évolution du droit privé du travail*, in: Dунand Jean-Philippe/Mahon Pascal/Perrenoud Stéphanie, *Le droit de la relation de travail à la croisée des chemins: Convergences et divergences entre le droit privé du travail et le droit de la fonction publique*, CERT Bd. 8, Zürich 2016, S. 57–74, S. 64.

keiten geführt und bedingt, dass für jede Arbeitnehmerin aufgrund einer Befragung durch die Arbeitgeber_in ein individueller, bedarfsabhängiger Mindestlohn festgelegt worden wäre.²¹¹⁸ Ein Mindestlohn sei geeignet, die Armut zu bekämpfen,²¹¹⁹ und es ergebe sich kein milderes Mittel – weder die Regelung durch einen NAV²¹²⁰ noch einen tieferen Mindestlohn. Ein NAV verfolge gerade nicht dasselbe Ziel wie ein kantonaler Mindestlohn. Es gehe nicht darum, wiederholte (Lohn-)Missbräuche in einer bestimmten Branche zu eliminieren, sondern darum, die Armut generell zu bekämpfen. Zudem beschränke sich das Phänomen der Working Poor auch nicht auf einzelne Branchen.²¹²¹

Das jurassische Gesetz sieht einen Mindestlohn von CHF 20/Stunde vor.²¹²² Im 873
Kanton Tessin orientiert sich der Mindestlohn am schweizweiten Medianlohn nach Branchen und macht 55 % davon aus,²¹²³ was zwischen CHF 19.75 und CHF 20.25 pro Stunde entspricht.²¹²⁴

Am 27.09.2020 hat zudem Genf einem Mindestlohn von CHF 23/Stunde zugestimmt.²¹²⁵ In Basel-Stadt ist eine entsprechende Initiative noch nicht zur Abstimmung gekommen.²¹²⁶

²¹¹⁸ BGE 143 I 403, E. 5.4.3.

²¹¹⁹ BGE 143 I 403, E. 5.6.4.

²¹²⁰ BGE 143 I 403, E. 5.6.6.

²¹²¹ BGE 143 I 403, E. 5.6.5; zu diesem Urteil z.B.: GONIN LUC, 21. ATF 143 I 403–425, RDAF 2018 I, S. 291–301; MADUZ CHRISTIAN/SCHMID OLIVER, (Un-)Zulässigkeit von kantonalen Mindestlohn-Regelungen, ARV 4/2017, S. 271–278; PÄRLI KURT, Kantonale Mindestlöhne sind zulässig, ARV 4/2018, S. 294–297.

²¹²² Art. 5 Abs. 1 Loi sur le salaire minimum cantonal de la République et Canton du Jura du 22 novembre 2017, RSJU 822.41.

²¹²³ Damit erfüllt der Mindestlohn gem. der Initiative auch die völkerrechtlichen Vorgaben gem. Art. 7 UN-Pakt I und der ESC, die jeweils einen Prozentsatz des Durchschnittslohnes als Mindestlohn vorschlagen.

²¹²⁴ Foglio Ufficiale Ticino 101/2019 v. 17.12.2019, 12033 ff., Art. 4.

²¹²⁵ In Kraft getreten am 01.11.2020, vgl. Art. 391 ff. Loi sur l'inspection et les relations du travail du 12 mars 2004 (LIRT) des Kantons Genf, J 1 05.

²¹²⁶ Geschäft des Grossen Rates des Kantons Basel-Stadt Nr. 19.0471 sowie das Geschäft des Grand Conseil des Kantons Genf IN173.

2. Abweichungen in Beschäftigungsprogrammen

- 874 Alle drei Kantone, die einen kantonalen Mindestlohn verabschiedet haben, sehen eine Ausnahme für die Anwendung des Mindestlohns für Sozialhilfeempfänger_innen in Beschäftigungsprogrammen vor.²¹²⁷ Auch GAV kennen Bestimmungen, wonach Arbeitnehmer_innen, die über ein staatlich subventioniertes Programm beschäftigt werden, vom Mindestlohn ausgenommen sind.²¹²⁸ Jedoch blieb auch eine Klage einer Person, die als Maler in einem Beschäftigungsprogramm eingesetzt wurde – einer Branche, die keine entsprechende Ausnahmeklausel kennt – und den im GAV vorgesehenen Mindestlohn für ihre Arbeitseinsätze forderte, erfolglos.²¹²⁹
- 875 Die Analyse in Kapitel 3 hat gezeigt, dass weder die Gesetzgebung (zusammenfassend: N 371) noch die Rechtsprechung (N 383, N 414 f.) Vorgaben zur Zumutbarkeit einer Entlohnung in sozialhilferechtlichen Beschäftigungsprogrammen machen und dass mitunter sehr tiefe (z.B. CHF 2.35/Stunde) oder gar keine Löhne bezahlt werden.

3. Vereinbarkeit der Abweichungen mit Art. 7 UN-Pakt I

a) Sozialhilfe als angemessener Lohn?

- 876 Zu klären ist, ob das Recht auf ein angemessenes Entgelt auch staatliche Zahlungen, die einen angemessenen Lebensstandard sichern sollen, beinhaltet. Ist das Recht auf angemessenes Entgelt gewährleistet, wenn, anstatt Lohn im eigentlichen Sinne, Sozialhilfe als «Gegenleistung» für einen Arbeitseinsatz geleistet wird? Dies ist aus den folgenden Überlegungen zu verneinen.²¹³⁰

²¹²⁷ Art. 32c LEmpl/NE i.V.m. Art. 3 Abs. 3 RSMin/NE; Art. 3 Abs. 2 LSMin/JU; Foglio Ufficiale Ticino 101/2019 v. 17.12.2019, 12033 ff., Art. 3 Abs. 1 lit. e und g.

²¹²⁸ Vgl. z.B. Art. 16 Abs. 4 GAV Schreinerhandwerk 2018–2020, der zeitlich befristete «Wiedereingliederungsmassnahmen infolge sozial erwiesener und amtlich bestätigter Erfordernisse» zulässt und zu diesem Zweck Abweichungen vom Mindestlohn vorsieht.

²¹²⁹ VerwG ZH, Urteil VB.2011.00097 v. 20.04.2011; ähnlich auch: VerwG ZH, Urteil VB.2016.00434 v. 01.11.2016.

²¹³⁰ A.M. im Kontext des deutschen Rechts: DAVILLA, S. 202, ein sog. «Kombilohn», also eine Kombination von Sozialhilfe und Lohn, könne auch die Existenz sichern, v.a. dann, wenn aufgrund konjunktureller Umstände keine «armutsfeste Eingliederung am Arbeitsmarkt» möglich sei. Der «Kombilohn» muss m.E. als Aspekt der subsidiär zum Erwerbseinkommen zu entrichtenden Sozialhilfe (Art. 9 UN-Pakt I) verstanden werden und nicht als ein Instrument, das günstige und gerechte Arbeitsbedingungen sichert.

Der WSK-Ausschuss scheint in den allgemeinen Bemerkungen zu Art. 7 UN-Pakt I nur Leistungen zwischen Arbeitgeber_in und Arbeiter_in als Teil des Entgelts anzusehen.²¹³¹ Sozialhilfezahlungen als Teil des angemessenen Entgelts einzubeziehen, würde das Ziel von Art. 7 UN-Pakt I, dass die Sicherung des angemessenen Lebensstandards aus einer Erwerbsarbeit erfolgt, untergraben.²¹³² Mit der dauerhaften Subventionierung eines Niedriglohnbereichs würden die Hilfsbedürftigen nie in der Lage sein, unabhängig zu werden.²¹³³ Zudem dient ein Lohn nicht nur der unmittelbaren Sicherung des Lebensunterhalts, sondern ist auch mit dem Zugang zum System der sozialen Sicherheit verbunden: Nur auf einem Lohn – nicht aber auf Sozialhilfeleistungen – werden Beiträge für die Sozialversicherungen abgerechnet und somit (höhere) Leistungen z.B. für das Alter erworben.²¹³⁴ Primäre Quelle für die Sicherung des Lebensstandards soll also der Lohn sein. Die Steuer- und die Sozialgesetzgebung können lediglich eine ausgleichende Funktion übernehmen,²¹³⁵ ansonsten kann das Recht auf Arbeit – wovon das Recht auf günstige und gerechte Arbeitsbedingungen ein Teil ist – seine Aufgabe, ein Recht der «sozialen Inklusion» zu sein, nicht erfüllen.²¹³⁶

b) *Programme mit Integrationszulage*

Der WSK-Ausschuss übte, wie bereits erwähnt, Kritik an der Zuweisung von arbeitslosen Personen zu unbezahlten Arbeiten unter dem deutschen SGB II. Als unbezahlte Arbeit gilt die «Arbeitsgelegenheit gegen Mehraufwandsentschädigung», die umgangssprachlich auch «1-Euro-Job» genannt wird. Die Entschädigung für einen «1-Euro-Job» beträgt ca. einen Euro pro geleistete Arbeitsstunde, ist aber eben kein Lohn, sondern eine Entschädigung für den durch die Arbeit entstandenen Mehraufwand.²¹³⁷ Wer sich weigert, eine solche Arbeitsgelegenheit anzu-

²¹³¹ WSK-Ausschuss, General Comment 23 (2016), § 7.

²¹³² Ähnlich: CRAVEN, S. 230.

²¹³³ DAVILLA, S. 203.

²¹³⁴ Vgl. zur Frage, welche Leistungen, die eine Teilnehmer_in eines sozialhilferechtlichen Beschäftigungsprogramms erhält, sozialversicherungsrechtlich wie behandelt werden (sollten): MEIER/PÄRLI, Fragen, die auch dafür argumentieren, dass die Sozialhilfe, die als Gegenleistung für eine Arbeitsleistung bezogen wird, AHV-pflichtiges Einkommen ist; dies kann je nach Leistungsfähigkeit und je nach wirtschaftlichem Wert, der der Arbeit zukommt, nur die Integrationszulage oder mehr betreffen.

²¹³⁵ ADAMS/DEAKIN, S. 210, 218.

²¹³⁶ Vgl. SSENIONJO, N 8.09.

²¹³⁷ Siehe § 16d Abs. 7 SGB II.

nehmen, kann sanktioniert werden.²¹³⁸ Der WSK-Ausschuss äusserte die Ansicht, diese Praxis könne das Recht auf angemessene Entschädigung verletzen.²¹³⁹ Am ehesten kann eine Arbeitsgelegenheit gegen Mehraufwandsentschädigung nach dem deutschen SGB II mit einem Beschäftigungsprogramm, das mit einer Integrationszulage nach Abschnitt C.2. der SKOS-Richtlinien entschädigt wird, verglichen werden.²¹⁴⁰

- 879 Diese Kritik des WSK-Ausschusses unterzog BANAFSCHE einer detaillierten Prüfung. Sie ging dabei davon aus, dass grundsätzlich auch Sozialhilfeempfänger_innen, die an einer Arbeitsgelegenheit teilnehmen, Anspruch auf angemessenes Entgelt haben und dass 1 Euro als Entschädigung nicht angemessen ist. Vielmehr hätte der Lohn demjenigen einer gleichwertigen Tätigkeit in einem regulären Arbeitsumfeld zu entsprechen.²¹⁴¹ Der Zugang zum angemessenen Entgelt könne aber von einer Interessenabwägung i.S.v. Art. 4 UN-Pakt I abhängig gemacht werden.²¹⁴² Als öffentliches Interesse kommen die Verminderung der Arbeitslosigkeit und die Reintegration von Langzeitarbeitslosen in Betracht, was durchaus als ein Interesse zur Förderung des allgemeinen Wohls in einer demokratischen Gesellschaft, wie durch Art. 4 UN-Pakt I gefordert, gelten kann. BANAFSCHE betrachtet diese Interessen als gewichtig genug, um den starken Eingriff in das Recht auf gerechten Lohn zu rechtfertigen. Da die Arbeitsgelegenheiten gegenüber anderen Eingliederungsmassnahmen nachrangig sind und aufgrund der Finanzierung durch Steuern das Interesse an der Beendigung der Arbeitslosigkeit im Kontext des SGB II besonders hervorzuheben sei, sei die fehlende Entlohnung der Arbeitsgelegenheiten an sich zu rechtfertigen.²¹⁴³
- 880 Hier wird erneut das grundrechtliche Spannungsfeld, das der Aktivierungspolitik zu Grunde liegt, veranschaulicht: Die Arbeitsgelegenheit ist eine Leistung des Staates, welche die Verwirklichung der Grundrechte mittels Integration der Sozialhilfeempfänger_innen fördern soll. Gleichzeitig wird jedoch in die Autonomie eingegriffen und Arbeitnehmer_innenrechte verkürzt.²¹⁴⁴

²¹³⁸ Siehe § 31 Abs. 1 Ziff. 2 SGB II i.V.m. § 31a SGB II.

²¹³⁹ WSK-Ausschuss, Concluding Observations, Germany, 2011, § 19.

²¹⁴⁰ Ausführlicher zu den Integrationszulagen: N 248.

²¹⁴¹ BANAFSCHE, S. 153.

²¹⁴² BANAFSCHE, S. 140 und 154.

²¹⁴³ BANAFSCHE, S. 152.

²¹⁴⁴ BANAFSCHE, S. 152; ähnlich auch: JENAK, S. 292.

Meines Erachtens könnte auch gefragt werden, ob eine Rechtfertigung für die fehlende Entlohnung nicht zunächst Art. 2 UN-Pakt I standhalten müsste. Denn hier fordert die Sozialhilfeempfänger_in die Herstellung von Autonomie durch staatliches Handeln (vgl. N 520 ff. und N 537).

In einer umfassenden Betrachtung ist konsequenterweise in die menschenrechtliche Prüfung auch der faktisch ausgeübte Zwang zur Aufnahme einer (nicht entlohnnten) Arbeit einzubeziehen und dementsprechend auch die Folgen des Ablehnens einer Arbeit. Dieser Zwang ist nach BANAFSCHE derart gewichtig, dass das staatliche Interesse an der Erfüllung der Schutzpflicht zur Eingliederung der Arbeitslosen hinter das Recht auf angemessene Anerkennung für geleistete Arbeit zurückzutreten hat. In Verbindung mit der drohenden Sanktion verliere die Sozialhilfeleistung ihren «Fürsorgecharakter» und die (gegen-)wertlose Arbeit werde durch die Sanktion in einen Wertverlust verwandelt.²¹⁴⁵ Dies führe zu einer völkerrechtswidrigen Situation.²¹⁴⁶ 881

Dieses Ergebnis und die Argumentationslinie stimmen mit der hier vertretenen Ansicht überein. Insbesondere dass eine gesamthafte Betrachtung des Systems erfolgt und die hinter einer Arbeitsverpflichtung stehenden Sanktionen in die Beurteilung der zulässigen Arbeitsbedingungen einbezogen werden, ist überzeugend. 882

Die tripartite Kommission der ILO, die die bereits angesprochenen chilenischen Arbeitsprogramme untersucht hat (N 754), hat ebenfalls festgestellt, dass ein Missverhältnis zwischen den ausgeführten Aktivitäten und den bezahlten Löhnen kreierte werde, welches aufgrund der zwangsähnlichen Ausgestaltung der Programme ausgenützt werde.²¹⁴⁷

c) *«Entlohnnte» Programme*

Die Angemessenheit der Entlohnung von Programmen, die nicht lediglich Anspruch auf eine Integrationszulage geben, sondern «entlohnt» sind, ist im Ergebnis ebenfalls nicht mit Art. 7 UN-Pakt I zu vereinbaren, da sich das oben beschriebene Problem, wonach sich die Entlohnung in eine negatives Entgelt wandelt, hier gar akzentuiert. 883

²¹⁴⁵ BANAFSCHE, S. 152.

²¹⁴⁶ BANAFSCHE, S. 154.

²¹⁴⁷ ILO, Representation (article 24), Chile, Convention Nr. 1, 2, 24, 29, 30, 35, 37, 38, 111, Report of the Committee set up to examine the representation submitted by the National Trade Union Co-ordinating Council (CNS), 1986, § 86.

- 884 Zunächst ist festzuhalten, dass selbst entlöhnte sozialhilferechtliche Beschäftigungsverhältnisse in den wenigsten Fällen die Anforderungen an angemessene Löhne, die auch den Lebensunterhalt finanzieren, erfüllen. So werden sehr tiefe Löhne von z.B. CHF 200 für ein 10 %-Pensum gutgeheissen. Gerechtfertigt wird dies damit, dass es bei einem Arbeitseinsatz im Rahmen der Sozialhilfe nicht darum gehe, marktkonforme Löhne zu erzielen, sondern dass es sich dabei um eine Anspruchsvoraussetzung für die von der Sozialhilfe erbrachten Leistungen handle.²¹⁴⁸ Eigentlich wäre zu erwarten, dass argumentiert wird, das Ziel des Programmes sei die Reintegration – womit zumindest ein öffentliches Interesse, welches das allgemeine Wohl in der demokratischen Gesellschaft zu fördern vermag, herangezogen würde. Das Einfordern von Arbeitsleistungen als Anspruchsvoraussetzung für Sozialhilfeleistungen ist jedoch wie bereits gesehen an sich nicht mit dem Völker- und Verfassungsrecht vereinbar (siehe ausführlich Kapitel 7, N 656 insbes.).
- 885 Werden schliesslich solche offensichtlich für den Lebensunterhalt unzureichenden und nicht marktkonformen Löhne in Anwendung des Subsidiaritätsprinzips an die sozialhilferechtliche Unterstützung angerechnet, falls eine Person nicht am Programm teilnimmt, werden sie zur Sanktionierung verwendet und wandeln sich ebenfalls in ein negatives Entgelt um. Dies trifft selbst dann zu, wenn argumentiert wird, das Programm diene der Reintegration. Eine Entschädigung in der Höhe der Nothilfe gem. Art. 12 BV kann nicht ein angemessenes Entgelt sein, da Nothilfe gem. WSK-Ausschuss nicht ausreicht, um einen angemessenen Lebensstandard zu sichern.²¹⁴⁹
- 886 Auch wenn ein Lohn gewährt wird, der dem sozialhilferechtlichen Bedarf entspricht und dementsprechend den Lebensunterhalt deckt, wird dadurch dem Recht auf faire und gerechte Entlohnung nicht Rechnung getragen: Erstens wird dadurch nicht sichergestellt, dass das Entgelt auch der Arbeitsleistung entspricht; zweitens führt es zu Ungleichbehandlungen zwischen den Teilnehmer_innen, da dadurch nicht der gleiche Lohn für dieselbe Arbeit gewährt wird;²¹⁵⁰ drittens wirken auch hier die Löhne als negatives Entgelt, wenn an einem Programm nicht teilgenommen wird, und viertens ist selbst durch die Qualifizierung als «Entgelt» nicht restlos geklärt, ob die Beiträge an die Sozialversicherungen abgerechnet werden.

²¹⁴⁸ VerwG ZH, Urteil VB.2017.00112 v. 04.05.2017, E. 5.2.

²¹⁴⁹ WSK-Ausschuss, Concluding Observations, Switzerland, 2019, § 38 f.; siehe N 847.

²¹⁵⁰ Interview P5 und K3; auch bereits oben N 330 zu den Abklärungsplätzen in Bern.

Weniger problematisch sind hingegen Modelle, in welchen, wie z.B. im Programm «Pro Travail» im Kanton Waadt, einheitliche Stundenlöhne bezahlt werden und diese zumindest nahe an einem Marktlohn zu liegen kommen. 887

d) *Bei Einsätzen im ersten Arbeitsmarkt*

Erfolgt ein Einsatz einer Sozialhilfeempfänger_in im ersten Arbeitsmarkt, können sich besondere Herausforderungen ergeben. Arbeiten Sozialhilfeempfänger_innen Seite an Seite mit regulären Angestellten, jedoch unter einem anderen Lohnmodell, stellt sich die Frage, ob die unterschiedliche Behandlung gerechtfertigt werden kann oder ob es sich um eine ungleiche Behandlung aufgrund des sozialen Status handelt. Übernehmen Sozialhilfeempfänger_innen Arbeiten der regulären Angestellten, ist eine ungleiche Entlohnung problematisch und führt zu einer unter Art. 7 UN-Pakt I zu verhindernden Segmentierung des Arbeitsmarktes.²¹⁵¹ Da der Staat hier in die Organisation dieser Arbeitsformen direkt involviert ist, handelt es sich zudem um eine Kernverpflichtung im Rahmen des UN-Pakts I. Werden diese nicht erfüllt, entsteht die starke Vermutung einer Verletzung der Verpflichtungen unter dem UN-Pakt I. Zu rechtfertigen wären unterschiedliche Arbeitsbedingungen etwa dann, wenn eine Leistungseinschränkung besteht und eben gerade nicht dieselben Aufgaben übernommen werden können. 888

Aufgrund dieser Überlegung ist auch der Ausschluss von Sozialhilfeempfänger_innen aus dem Schutz von Mindestlohnbestimmungen problematisch. Ein Ausschluss aus den Mindestlohnbestimmungen findet sich auch z.B. im allgemeinverbindlich erklärten GAV für das Schreinerergewerbe.²¹⁵² Gerade bei der Allgemeinverbindlicherklärung von GAV sollte sich die Achtungspflicht aus Art. 7 UN-Pakt I manifestieren und keine unangemessenen und diskriminierenden Lohnpraktiken zugelassen werden. Dabei ist auch dem Schutz von Arbeiter_innen in verletzlichen Situationen Rechnung zu tragen.²¹⁵³ 889

Der Kommentar zum GAV für das Schreinerergewerbe erläutert, dass die Ausnahme vom Mindestlohn nur befristet angewandt werden darf und begleitet sein soll von einer Wiedereingliederungsmassnahme. Die Notwendigkeit der Massnahme sei von der begleitenden Amtsstelle (Sozialdienst) zu bestätigen und es wird empfohlen, sich mit der

²¹⁵¹ MEDICI, S. 190.

²¹⁵² Art. 16 Abs. 4 GAV für das Schreinerergewerbe 2018–2020.

²¹⁵³ WSK-Ausschuss, General Comment 23 (2016), § 23.

paritätischen Berufskommission in Verbindung zu setzen.²¹⁵⁴ Dies scheinen geeignete und notwendige Schutzmechanismen, um Sozialhilfeempfänger_innen vor dem missbräuchlichen Unterschreiten der Mindestlöhne zu schützen.

e) Rückzahlungsverpflichtungen

- 890 Die SKOS-RL²¹⁵⁵ und die kantonalen Sozialhilfegesetze sehen vor, dass auch rechtmässig bezogene Sozialhilfe rückerstattungspflichtig ist.²¹⁵⁶ Die Rückerstattungspflicht greift, wenn es einer Sozialhilfeempfänger_in gelungen ist, die wirtschaftliche Selbständigkeit wiederzuerlangen, wobei sich die Frage stellt, welche Einkommens- und Vermögensgrenzen gelten sollten, bis die Rückerstattungspflicht greift. Die SKOS-RL empfehlen, dass Sozialhilfeleistungen, die auf dem Prinzip der Gegenseitigkeit und einer Gegenleistung beruhen, von der Rückerstattungspflicht auszunehmen seien.²¹⁵⁷ Zudem seien Leistungen, welche zur Förderung der beruflichen und sozialen Integration gewährt worden seien, von der Rückerstattungspflicht auszunehmen.²¹⁵⁸
- 891 Diese Empfehlung ist zwingend umzusetzen, damit nicht ein zusätzlicher Konflikt mit dem Recht auf günstige und gerechte Arbeitsbedingungen entsteht. Denn, wie gesehen, soll der Lohn für geleistete Arbeit nicht zurückbezahlt werden müssen (N 844). Würden auch Integrationszulagen bzw. generell Sozialhilfeleistungen, die während der Teilnahme an einem Beschäftigungsprogramm ausbezahlt wurden, von der Rückerstattungspflicht erfasst, würde damit der Wert der geleisteten Arbeit zusätzlich negiert, was nicht mit Art. 7 UN-Pakt I vereinbar ist.

4. Zwischenfazit und Ausblick

- 892 Somit ist zusammenfassend festzustellen, dass Entschädigungsmodelle in sozialhilferechtlichen Beschäftigungsprogrammen regelmässig kein i.S.v. Art. 7 lit. a UN-Pakt I angemessenes Entgelt bieten und nicht mit Art. 7 UN-Pakt I vereinbar sind. Eine Vereinbarkeit könnte dadurch geschaffen werden, dass auf Sanktionen verzichtet wird, wobei selbst dann ein Ausschluss aus den günstigen und gerech-

²¹⁵⁴ Kommentar zum Gesamtarbeitsvertrag 2018–2020 für das Schreinerergewerbe, www.vssm.ch (Dienstleistungen / Gesamtarbeitsvertrag GAV), besucht am 30.04.2021, S. 19.

²¹⁵⁵ SKOS-RL, E.3.

²¹⁵⁶ HÄNZI, S. 148; WOLFFERS, S. 176.

²¹⁵⁷ SKOS-RL, D.2.

²¹⁵⁸ SKOS-RL, E.3.1.

ten Arbeitsbedingungen nur zu rechtfertigen ist, wenn die Einschränkung vorübergehend ist und die Reintegrationschancen durch die Programmteilnahme steigen. Insbesondere bei längerfristigen Einsätzen lässt sich also ein dauerhaft zu tiefes Einkommen kaum rechtfertigen.

Dies wurde von der Stadt Bern erkannt, die in der Strategie zur Förderung der beruflichen und sozialen Integration 2018–2021 festhält, dass sich auch Arbeit in Beschäftigungsprogrammen lohnen solle und der fehlende Lohn für Sozialhilfeempfänger_innen insbesondere in langfristigen Einsatzplätzen, die öffentlichkeitsrelevante Dienste anbieten würden (z.B. die Velostation am Bahnhof Bern), nicht leistungsgerecht und daher problematisch sei.²¹⁵⁹

Zu beobachten bleibt in Zukunft der Einfluss der kantonalen Mindestlöhne auf 893 die Beurteilung der Zumutbarkeit einer Arbeit im sozialhilferechtlichen Kontext. Meines Erachtens stellt der Kanton damit nämlich verbindliche Regelungen darüber auf, wie ein Lohn ausgestaltet sein muss, um einer Person zu ermöglichen, «für sich selber zu sorgen». So hat das Bundesgericht im Urteil zum Mindestlohn im Kanton Neuenburg die Einführung eines kantonalen Mindestlohns auch als Beitrag zur Erreichung des Sozialziels gem. Art. 41 Abs. 1 lit. d BV gesehen. Konkret ist der Mindestlohn bei der Auslegung von Art. 5b des Arrêté/NE sowie von Art. 35 lit. b LASoc/JU und Art. 5 Abs. 2 Arrêté/JU zu berücksichtigen. Diese Bestimmungen sehen die Einstellung der Hilfe vor, sofern eine Massnahme abgelehnt wird, die auf die finanzielle Unabhängigkeit der unterstützten Person abzielt oder diese sicherstellt, resp. wenn wiederholt zumutbare Arbeit abgelehnt wird. Wobei daran zu erinnern ist, dass eine Einstellung sämtlicher Leistungen infolge der Nichtannahme einer Arbeit per se abzulehnen ist.

C. Gesundheitsschutz, Arbeitssicherheit, Arbeitszeit

1. Grundsätze der Umsetzung

Der Gesundheitsschutz, die Arbeitssicherheit und die Arbeitszeiten werden in der 894 Schweiz insbesondere durch das ArG geregelt. Das Schutzniveau, welches das ArG und die dazugehörigen Verordnungen bieten, entspricht grundsätzlich dem international geforderten – obwohl die Schweiz die einschlägigen ILO-Überein-

²¹⁵⁹ Stadt Bern, Strategie zur Förderung der beruflichen und sozialen Integration in der Stadt Bern 2018–2021, <<https://www.bern.ch/politik-und-verwaltung/stadtverwaltung/bss/sozialamt/kompetenzzentrum-arbeit/ueber-uns/downloads-ueber-uns/strategie-forderung-berufliche-und-soziale.pdf/view>>, besucht am 30.04.2021, S. 23, S. 35.

kommen Nr. 1, Nr. 155 und Nr. 187 nicht ratifiziert hat. Diskrepanzen bestehen aufgrund von hier nicht weiter interessierenden Vollzugsbestimmungen.²¹⁶⁰ Des Weiteren trägt insbesondere die Verordnung über die Verhütung von Unfällen und Berufskrankheiten (VUV) zum Schutz der Gesundheit am Arbeitsplatz bei. Die materiellen Bestimmungen des ArG und der VUV umfassen gem. Bundesrat alle Punkte des Art. 7 UN-Pakt I und setzen diesen um.²¹⁶¹

- 895 Wie gesehen, besteht eine Gewährleistungspflicht zum Schutz der Arbeitssicherheit i.S.v. Art. 7 UN-Pakt I und aus Art. 2 und Art. 8 EMRK ergeben sich diesbezüglich justiziable Schutzpflichten. Ein ähnlicher Ansatz lässt sich der Rechtsprechung des Bundesgerichts entnehmen,²¹⁶² wenn es festhält, dass das ArG aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht das einzige Mittel sei, um unzumutbare Zustände bei den Arbeitsbedingungen zu verhindern. Werde eine Arbeitgeber_in (und somit die bei ihr beschäftigten Arbeitnehmer_innen) nicht vom Arbeitsgesetz erfasst, seien untragbare Arbeitsbedingungen dennoch nicht hinzunehmen. Vielmehr werde dem Staat auch durch Art. 10 Abs. 2 BV und Art. 8 EMRK eine Verantwortung zur Ausgestaltung eines entsprechenden Regelwerkes übertragen.²¹⁶³

Der Umfang der Pflicht zum Schutz vor unzumutbaren Arbeitsbedingungen, die sich auch aus Art. 7, Art. 10 Abs. 2, Art. 13 BV und Art. 8 EMRK ergibt, wurde vom Bundesgericht bisher v.a. in Bezug auf die Regelung von Arbeitszeiten in einem *obiter dictum* angesprochen.²¹⁶⁴ Es wird festgehalten, dass allein der Gesundheitsschutz – die Grundlage der Regelung von Höchstarbeitszeiten – nicht notwendigerweise eine Höchstarbeitszeit von 50 bzw. 55 Stunden/Woche vorschreibt. Bei der Ermittlung der zulässigen Höchstarbeitszeiten sind die Art der Tätigkeit, das berufliche Umfeld und die Konstitution der Betroffenen zu berücksichtigen.²¹⁶⁵

²¹⁶⁰ Vgl. BAUMGARTNER ET AL., Ergebnisse der Studie, in: Pärli Kurt et al. (Hrsg.), Arbeitsrecht im internationalen Kontext, Zürich/St. Gallen 2017, S. 927–971, N 2217 ff., N 2226 insbes.; sowie ausführlich: JUNGHANS CORNELIA, Allgemeiner Arbeitnehmerschutz, in: Pärli Kurt et al. (Hrsg.), Arbeitsrecht im internationalen Kontext, Zürich/St. Gallen 2017, N 662–707.

²¹⁶¹ Vgl. WSK-Ausschuss, Staatenbericht Schweiz, 2018, § 108.

²¹⁶² MEDICI, S. 166.

²¹⁶³ Urteil BGer 2P.251/2001 v. 14.06.2002, E. 4.4.1.

²¹⁶⁴ Vgl. MEDICI, S. 174.

²¹⁶⁵ Urteil BGer 2P.251/2001 v. 14.06.2001, E. 5.2.2, vgl. auch MEDICI, S. 174.

Den Verfassungsnormen kann nur ein minimaler Begrenzungsanspruch entnommen werden.²¹⁶⁶ Die Regelung hat aber so ausgestaltet zu sein, dass sich weder in qualitativer noch in quantitativer Hinsicht eine Belastung für die Betroffenen ergibt, die auf Dauer die physische oder psychische Gesundheit beeinträchtigt.²¹⁶⁷

Die Beschränkung der Arbeitszeiten soll nicht nur die Gesundheit, sondern auch das Privatleben schützen. Dies ist durch Art. 7 UN-Pakt I anerkannt und dasselbe lässt der bundesgerichtliche Verweis auf Art. 8 EMRK erahnen. Daher ist davon auszugehen, dass durch eine angemessene Beschränkung der Arbeitszeit auch genügend Zeit für das Pflegen von privaten Beziehungen zur Verfügung stehen soll.

Die Schutzpflichten haben als menschenrechtliche und nicht (nur) arbeitsrechtliche Pflichten eine umfassende Ausstrahlung und können nicht mit dem Verweis auf eine fehlende Arbeitnehmer_innen-Stellung der in sozialhilferechtlichen Beschäftigungsprogrammen beschäftigten Personen versagt werden, schützen doch die Menschenrechte alle natürlichen Personen. Genauso wenig wie ein Unterschied zwischen In- und Ausländer_innen zulässig ist, ist ein Unterschied zwischen Arbeitnehmer_innen i.S. des (öffentlichen oder privaten) Arbeitsvertragsrechts und anderen Personen, die Arbeiten verrichten, zulässig.²¹⁶⁸ Dies hat umso mehr zu gelten, als die Konkretisierung des Schutzes der Persönlichkeit auch Ausdruck und Konkretisierung der Menschenwürde ist.²¹⁶⁹

Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass Personen, die in einem sozialhilferechtlichen Beschäftigungsverhältnis Arbeiten ausführen, die Definition der Arbeitnehmer_in nach Art. 1 ArG bzw. Art. 1 VUV erfüllen, da sie in eine fremde Arbeitsorganisation eingebunden sind und die Arbeitsleistung in persönlicher Unterordnung erfolgt, d.h. sie an Weisungen gebunden sind.²¹⁷⁰ Im Bereich des ArG können sich Ausnahmen ergeben, falls das Beschäftigungsprogramm in der Bundes-, Kantons- oder Gemeindeverwaltung durchgeführt wird; wobei hier wiederum die Gegennahmen in Art. 4 ArGV 1 zu beachten sind.

²¹⁶⁶ PULVER BERNHARD, Die Verbindlichkeiten staatlicher Schutzpflichten – am Beispiel des Arbeitsrechts, AJP 2005, S. 413–423, S. 422; MEDICI, S. 174.

²¹⁶⁷ Urteil BGer 2P.251/2001 v. 14.06.2001, E. 5.3.

²¹⁶⁸ Ähnlich: MEDICI, S. 166.

²¹⁶⁹ MEDICI, S. 166.

²¹⁷⁰ Zur Definition siehe: SECO, Wegleitung zum Arbeitsgesetz und zu den Verordnungen 1 und 2, Stand Dezember 2019, www.seco.admin.ch (Publikationen & Dienstleistungen / Arbeit / Arbeitsbedingungen / Wegleitungen zum Arbeitsgesetz), besucht am 30.04.2021, S. 001-2.

- 899 Selbst wenn in bestimmten Situationen das ArG und seine Verordnungen oder die VUV auf den Einsatz in sozialhilferechtlichen Beschäftigungsprogrammen nicht anwendbar sind, hat eine zumutbare Arbeit in einem sozialhilferechtlichen Beschäftigungsverhältnis zwingend mindestens analoge Schutzbestimmungen zu berücksichtigen. An sich würde sich gar ein weitergehender Schutz rechtfertigen. Denn erstens können Sozialhilfeempfänger_innen ihre Arbeitsbedingungen nicht frei aushandeln und ihren Einsatzbetrieb nicht frei wählen. Ihre Abhängigkeit ist erhöht, was eine besonders schützenswerte Position begründet. Zweitens werden in den Programmen Arbeiten ausgeführt (z.B. beim Recycling von Elektrogeräten), bei denen die Verletzungsgefahr nicht unerheblich ist, und viele Teilnehmer_innen waren vor ihrem Eintritt in ein Programm meist längere Zeit arbeitslos, was das Verletzungsrisiko ebenfalls erhöhen dürfte.

2. Abweichungen in Beschäftigungsprogrammen

- 900 Aus dem für die vorliegende Arbeit untersuchten Material lassen sich bezüglich übermässiger Arbeitszeiten keine besonderen Probleme ausmachen – wie in Kapitel 3 (N 421) festgestellt wurde, wird auch Sozialhilfeempfänger_innen keine Arbeitslast von mehr als 100 % zugemutet.
- 901 Jedoch bestehen im Bereich des Gesundheitsschutzes Unsicherheiten und Handlungsbedarf: Das «Sprungbrett» Uri weist in den «Allgemeinen Richtlinien für die Programmteilnahme» die Teilnehmer_innen darauf hin, dass sie verpflichtet seien, alles ihnen «Mögliche zu unternehmen, um Berufsunfälle und -krankheiten zu verhindern». Weiter seien die Teilnehmer_innen selber dafür besorgt, dass sie gegen Krankheit und Unfälle versichert seien. Der Programmanbieter («Sprungbrett») lehnt jegliche Haftungsansprüche bei Unfällen am Arbeitsplatz ab.²¹⁷¹
- 902 Zunächst ist festzuhalten, dass es nicht zulässig ist, die Verantwortung zur Verhinderung von Berufsunfällen und -krankheiten auf die Teilnehmer_innen am Beschäftigungsprogramm zu überwälzen. Aus grundrechtlicher Sicht hat der Staat sicherzustellen, dass die Gesundheit der Sozialhilfeempfänger_innen auch in diesem Arbeitsverhältnis geschützt ist. Der Sozialdienst muss dementsprechend sicherstellen, dass Bestimmungen zur Unfall- und Krankheitsverhütung, die denjenigen im ArG und in der VUV entsprechen, zur Anwendung gelangen. Die Umsetzung dieser Bestimmungen obliegt nicht den Arbeiter_innen, sondern den Arbeitgeber_innen, ansonsten kann nicht von zumutbaren Arbeitsbedingungen gesprochen werden.

²¹⁷¹ Siehe N 339.

In Bezug auf die Unfallversicherungspflicht hat das Bundesgericht im August 2018 entschieden, dass auch Teilnehmer_innen an nicht entlöhnten sozialhilfrechtlichen Beschäftigungsverhältnissen Arbeitnehmer_innen i.S. des UVG sind und daher vom «Arbeitgeber» obligatorisch gegen Unfälle zu versichern sind. Eine Unfalldeckung gem. KVG genügt dabei nicht.²¹⁷² Dementsprechend fällt auch der Haftungsausschluss für die Folgen von Unfällen am Arbeitsplatz dahin, verleiht die UVG-Deckung den Versicherten doch gerade einen Anspruch auf Pflegeleistungen und Kostenvergütungen (Art. 10 ff. UVG). Somit ist die Bestimmung des «Sprungbretts», die Unfallversicherung sei Sache der Teilnehmer_innen, überholt.

Die SKOS hat diesbezüglich ein Merkblatt veröffentlicht und empfiehlt u.a., dass die Unfallversicherungsprämien durch den Einsatzbetrieb zu bezahlen sind.²¹⁷³

Ungeklärt bleibt dadurch jedoch die Frage, wer für Sachschäden haftet, die keine gleichzeitige Körperschädigung verursacht haben (vgl. Art. 12 UVG). Diese Frage hatte das VerwG Schwyz zu beantworten: Bei einem Programmeinsatz wurden beim Schweißen wegen nicht getragener Schutzbrille die Brillengläser eines Sozialhilfeempfängers beschädigt. Er forderte den Ersatz der beschädigten Brillengläser im Wert von CHF 500 vom Sozialdienst. Der Beschwerdeführer argumentierte, er habe das zur Verfügung stehende Schutzschild nicht nutzen können, da er beide Hände zum Ausführen der Arbeit benötigt habe. Das Gericht hielt hingegen fest, dem Beschwerdeführer hätte am Einsatzplatz eine Schutzbrille zur Verfügung gestanden – hätte er diese benutzt, wären seine Brillengläser nicht beschädigt worden, weshalb er keinen Anspruch auf Ersatz der Gläser habe. Der zuständige Sozialdienst ging davon aus, dass, falls nicht der Beschwerdeführer selber für den Schaden verantwortlich sei, sei dies der Einsatzbetrieb; nicht jedoch der Sozialdienst.²¹⁷⁴ Dies ist kaum überzeugend, da es gerade Ausdruck der positiven Grundrechtspflichten des Sozialdienstes ist, für den Schutz der Gesundheit am Einsatzplatz zu sorgen sowie sicherzustellen, dass Sozialhilfeempfänger_innen nicht in gesundheitsgefährdende Positionen vermittelt werden und die Vorschriften zur Arbeitssicherheit eingehalten werden. Mündliche Abklärungen, ob Schutzbrillen zur Verfügung stehen, scheinen dabei kaum ausreichend, um dieser

²¹⁷² Urteil BGer 8C_302/2017 v. 18.08.2017, E. 4.6; dazu ausführlich: MEIER/PÄRLI, Fragen, S. 28 ff., insbes. S. 31 f.

²¹⁷³ SCHWEIZERISCHE KONFERENZ FÜR SOZIALHILFE, Merkblatt, Versicherungspflicht Unfallversicherung bei nicht entlöhnten Arbeitseinsätzen, Bern 2019, www.skos.ch (Publikationen / Merkblätter und Empfehlungen / Unfallversicherung), besucht am 30.04.2021, S. 6 f.

²¹⁷⁴ VerwG SZ, Urteil III 2009 53 v. 10.06.2009, E. 2.3.

Pflicht nachzukommen. Eine Haftung des Sozialdienstes für Verfehlungen des Einsatzbetriebes scheint jedenfalls nicht ausgeschlossen.²¹⁷⁵

- 905 Dies spricht dafür, dass nebst dem UVG auch das ArG und die VUV mit all ihren Vollzugsbestimmungen und Durchsetzungsmechanismen (Arbeitsinspektion etc.) auf sozialhilferechtliche Beschäftigungsverhältnisse anzuwenden sind, um zumutbare Arbeitsbedingungen zu gewährleisten.

D. Lehrverhältnisse und Ausbildungen

- 906 Wie gesehen, ist die Berufsbildung als Teil der Bemühungen zur Umsetzung des Rechts auf Bildung anzusehen und nicht etwa als Verletzung der Bestimmungen zum Jugendschutz in der Arbeitswelt. Die duale Berufsbildung hat in der Schweiz einen sehr hohen Stellenwert.
- 907 Die schweizerische Gesetzgebung zeigt, dass der Bildungskomponente bei der rechtlichen Ausgestaltung der Beziehungen zwischen den Vertragsparteien in einem Ausbildungsverhältnis Rechnung zu tragen ist und durch eine erhöhte Kontrolle und Aufsicht die Qualität der Bildung sicherzustellen ist. Gemäss Art. 14 Abs. 3 des Bundesgesetzes über die Berufsbildung (BBG) ist ein Lehrvertrag durch die kantonal zuständige Behörde zu genehmigen. Nur wer eine Berufsbildungsbewilligung hat, darf Lernende ausbilden (Art. 21 Abs. 2 BBG). Des Weiteren finden sich in den Art. 344 ff. OR Bestimmungen, die den Lehrvertrag detaillierter regeln und dabei die Vertragsfreiheit mehr einschränken, als dies bei einem regulären Arbeitsvertrag der Fall ist. Dabei wird der Arbeitgeber verpflichtet, dafür zu sorgen, dass die Berufslehre unter der Verantwortung einer Fachkraft steht, welche die dafür nötigen beruflichen Fähigkeiten und persönlichen Eigenschaften besitzt (Art. 345a Abs. 1 OR). In sozialhilferechtlichen Beschäftigungsverhältnissen werden diese Grundsätze nicht angewandt und insbesondere werden keine Lehrverträge nach BBG bzw. Art. 344 ff. OR abgeschlossen. Dies selbst dann nicht, wenn die Programme eine qualifizierende Komponente haben.
- 908 Die fehlende (Anerkennung von) Arbeitsmarktqualifikationen ist einer der Hauptgründe für Armut und somit für den Bezug von Sozialhilfe.²¹⁷⁶ In diesem Zusammenhang kann die Frage aufgeworfen werden, ob ein Anspruch auf eine Aus-

²¹⁷⁵ Im Ergebnis bereits ähnlich eine Haftung des Sozialdienstes bejahend: PÄRLI KURT, Sozialhilfeunterstützung als Anreiz für Gegenleistungen, Sozial Aktuell, 21. Dezember 2001, S. 23.

²¹⁷⁶ Siehe N 68.

bildung oder auch eine Umschulung besteht, den Sozialhilfeempfänger_innen geltend machen können. Dies würde allenfalls den Weg in eine menschenwürdige Arbeit ebnen. Jedoch ergibt sich aus Art. 13 UN-Pakt I, der das Recht auf Bildung festschreibt, kein solches über den Anspruch auf unentgeltlichen Grundschulunterricht hinausgehendes Recht.²¹⁷⁷ Dasselbe gilt für die Bundesverfassung.²¹⁷⁸

Insofern ist die sozialhilferechtliche Rechtsprechung, welche Unterstützung bei der nachobligatorischen (Schul-)Bildung häufig versagt,²¹⁷⁹ aus dogmatischer Sicht nicht zu kritisieren.²¹⁸⁰ Hingegen ist dies aus rechtspolitischer und -soziologischer Sicht durchaus zu hinterfragen, da dadurch die eigentlichen Ursachen der Bedürftigkeit kaum bekämpft werden. Jungen Sozialhilfeempfänger_innen gelingt es nämlich eher, sich (dauerhaft) von der Sozialhilfe zu lösen, sobald sie einen Bildungsabschluss vorweisen können.²¹⁸¹

Daher ist die im Januar 2018 von der SKOS lancierte «Weiterbildungsoffensive» für Sozialhilfebezüger_innen zu begrüßen. Die SKOS fordert ein Umdenken: Das Paradigma «Arbeit statt Sozialhilfe» soll ergänzt werden durch das Paradigma «Arbeit dank Bildung». Oftmals längerfristige Platzierungen in sozialhilferechtlichen Beschäftigungsprogrammen ohne Perspektiven sollen durch nahe am Arbeitsmarkt erfolgende (Weiter-)Bildungen ersetzt werden.²¹⁸² Die Sozialdienste sollen die in-

²¹⁷⁷ KÄLIN/KÜNZLI, N 13.6 f.; beim Grundschulunterricht handelt es sich um eine Kernverpflichtung.

²¹⁷⁸ KÄLIN/KÜNZLI, N 13.13 ff.

²¹⁷⁹ Die SKOS-Richtlinien, H.6, stellen die Unterstützung von Auszubildenden im Wesentlichen ins Ermessen der Sozialdienste. Beispielsweise das VerwG SG hielt fest, der Umstand, dass der Beschwerdeführer über keine Berufsbildung verfüge, keine Berufserfahrung und keinen Führerausweis habe, könne vom Sozialamt nicht geändert werden, VerwG SG, Urteil B 2010/234 v. 30.11.2010, E. 3.2; Appellationsgericht BS, Urteil VD.2015.88 v. 02.10.2015, Ablehnung der Unterstützung einer Ausbildung in Elementarpädagogik, zur Abgrenzung zum Stipendienwesen siehe v.a. E. 3.4 f.; VerwG BE, Urteil 1100.2012.197U v. 14.12.2012, keine Unterstützung für die Zweitausbildung einer kaufmännisch Angestellten zur Pflegefachfrau HF; VerwG GR, Urteil U 04 98 v. 25.02.2005, keine Übernahme einer Ausbildung einer alleinerziehenden Mutter, die bisher diverse Kleinstanstellungen parallel ausführte; Gesundheits- und Sozialdepartement des Kantons Luzern, Entscheid GSD 2010 15 v. 30.03.2010, wonach die Teilnahme an einem Beschäftigungsprogramm nicht mit der Begründung verweigert werden dürfe, man erachte es zurzeit als wichtiger, eine Lehrstelle zu finden.

²¹⁸⁰ So auch: HÄNZI, S. 76.

²¹⁸¹ Siehe dazu ausführlich: Büro BASS, Junge Erwachsene in der Sozialhilfe, Neuenburg 2009, S. 49 insbes.; auch: BUNDESAMT FÜR STATISTIK, S. 40.

²¹⁸² SCHWEIZERISCHE KONFERENZ FÜR SOZIALHILFE, Arbeit dank Bildung, S. 8.

dividuellen Fähigkeiten und Fertigkeiten der Sozialhilfeempfänger_innen in einer Standortbestimmung analysieren und basierend darauf zusammen mit der Sozialhilfeempfänger_in Bildungsziele festlegen.²¹⁸³ Mit der Unterstützung durch Bundesgelder sollen das Bildungsangebot und der Zugang zu existenzsichernden Stipendien für alle Bildungsgänge nach der obligatorischen Schule und ohne Altersgrenze ausgeweitet werden.²¹⁸⁴

- 911 In der kantonalen Praxis setzt das Projekt «FORJAD»²¹⁸⁵ des Kantons Waadt diesen Ansatz bereits in den wesentlichen Punkten um:²¹⁸⁶ Junge Sozialhilfeempfänger_innen werden in mehreren Schritten gezielt auf eine Berufsbildung vorbereitet. Sobald sie einen Lehrvertrag unterzeichnet haben, werden sie nicht mehr durch die Sozialhilfe, sondern durch Stipendien unterstützt.²¹⁸⁷ Ebenfalls setzt die Stadt Bern in der Strategie Arbeitsintegration 2018–2021 vermehrt auf Qualifizierungsprogramme.²¹⁸⁸
- 912 Auch ausserhalb dieser neuen «Bildungsoffensive» müssen Abweichungen vom Grundsatz, dass Löhne den Lebensunterhalt angemessen decken sollen, für Programmeinsätze, die eine erheblich (berufs-)qualifizierende Komponente aufweisen, möglich sein. Durch die Qualifizierung erhält eine Teilnehmer_in eines solchen Programms eine Gegenleistung. Entscheidend ist, ob in einer Gesamtbetrachtung die Arbeitsbedingungen als günstig und gerecht zu qualifizieren sind.

²¹⁸³ Zu den Umsetzungsschwierigkeiten für kleine und mittlere Sozialdienste: SCHEDLER ERNST, «Arbeit dank Bildung» läuft an, ZESO 4/2019, S. 7.

²¹⁸⁴ SCHWEIZERISCHE KONFERENZ FÜR SOZIALHILFE, Arbeit dank Bildung, S. 9 f.; siehe auch ausführlicher zur Situation junger Erwachsener in der Sozialhilfe: SCHMIDLIN ET AL., die ebenfalls vorschlagen, die sozialhilferechtliche Unterstützung und das Stipendienwesen zu harmonisieren, S. 107; das Bundesparlament hat der Erhöhung des entsprechenden Kredits im Rahmen der Förderung von Bildung, Forschung und Innovation 2021–2024 zugestimmt, vgl. SKOS, Ein guter Tag für die Weiterbildung in der Schweiz, Mitteilung vom 09.09.2020, <<https://skos.ch/themen/bildung/news/artikel/ein-guter-tag-fuer-die-weiterbildung-in-der-schweiz>>, besucht am 30.04.2021.

²¹⁸⁵ FORJAD steht für: Formation pour jeunes adultes en difficulté.

²¹⁸⁶ So auch: SCHWEIZERISCHE KONFERENZ FÜR SOZIALHILFE, Arbeit dank Bildung, S. 6.

²¹⁸⁷ Siehe Art. 31a LASV/VD; FORJAD, <<https://www.vd.ch/themes/formation/etablissements-de-formation/centre-dorientation-et-de-formation-professionnelles-cofop/forjad/>>, besucht am 30.04.2021; weiterführend siehe z.B. BONVIN JEAN-MICHEL/DIF-PRADALIER/ROSENSTEIN EMILIE, L'activation des «jeunes adultes en difficulté», Le cas du programme FORJAD dans le canton de Vaud, Chroniques du Travail 2/2012, S. 51–66.

²¹⁸⁸ Stadt Bern, Strategie zur Förderung der beruflichen und sozialen Integration in der Stadt Bern 2018–2021, <<https://www.bern.ch/politik-und-verwaltung/stadtverwaltung/bss/sozialamt/kompetenzzentrum-arbeit/ueber-uns/downloads-ueber-uns/strategie-forderung-berufliche-und-soziale.pdf/view>>, besucht am 30.04.2021.

Dabei ist eine qualitativ gute Ausbildung sicherzustellen. Eine Verbindung mit dem indirekten Zwang von sozialhilferechtlichen Sanktionen kann hier ebenso problematisch sein wie bei Programmen mit Integrationszulage (vgl. N 878) und kann das bestehende Gleichgewicht zwischen der Arbeitsleistung und den daraus gewonnenen Vorteilen zum Kippen bringen. Eine allfällige Sanktion muss stringent begründet werden und es bleibt zu prüfen, ob diese auch verhältnismässig und somit mit dem Recht auf Existenzsicherung vereinbar ist.

IV. Zwischenfazit und Beurteilung der Praxis

Grundsätzlich steht auch Sozialhilfeempfänger_innen in sozialhilferechtlichen Beschäftigungsprogrammen ein Recht auf günstige und gerechte Arbeitsbedingungen zu, welches auch ein Recht auf einen *angemessenen Lohn* umfasst, der den Lebensunterhalt sichert und gleiches Entgelt für gleiche Arbeit darstellt. Die Arbeitsbedingungen in sozialhilferechtlichen Beschäftigungsprogrammen gewährleisten dieses Recht derzeit nicht, zumal Sozialhilfeleistungen nicht Teil eines gerechten und angemessenen Lohnes in diesem Sinne sind. Diese Abweichung kann in den folgenden drei Fällen zumutbar sein:

- Die Einschränkung ist vorübergehend in dem Sinne, dass die *Reintegrationschancen* durch den Programmeinsatz (erheblich) steigen.
- Es handelt sich um eine einer Berufsbildung ähnelnde *Qualifizierung*; denn nicht nur der Lohn, sondern auch die Qualifizierung bildet Bestandteil der angemessenen Gegenleistung für die Arbeit.
- Die Person ist aufgrund einer *Leistungseinschränkung* nicht in der Lage, Arbeit zu leisten, deren Gegenwert es vermag, einen angemessenen Lebensstandard zu sichern und dieselbe Arbeit zu leisten wie andere. Dies unterstreicht die Notwendigkeit, die individuelle Lage der Sozialhilfeempfänger_innen abzuklären, um allfällige Leistungseinschränkungen zu erkennen. Gleichzeitig führt dies auch zur im nachfolgenden Kapitel 12 behandelten Frage, ob der UN-BRK besondere Vorgaben für die Zumutbarkeit von Arbeit für gesundheitlich beeinträchtigte Personen zu entnehmen sind. Ähnlich gilt es zu klären, ob sich dem IVG Normen zur Zumutbarkeit entnehmen lassen, die es allenfalls analog auf Sozialhilfeempfänger_innen mit einer Leistungseinschränkung anzuwenden gilt (dazu Kapitel 15).

- 914 Das heisst, grundsätzlich können auch (sehr) tiefe Entschädigungen gerechtfertigt werden – je länger ein Einsatz dauert, desto schwieriger wird jedoch diese Rechtfertigung. Wird eine tiefe Entschädigung mit einer Sanktionsandrohung verknüpft, wird dadurch der Wert der geleisteten Arbeit negiert. Dies hat in der Interessenabwägung berücksichtigt zu werden und kann in einer *Gesamtbetrachtung* zu unzulässigen Arbeitsbedingungen führen, was mit einem *Verzicht auf Sanktionen* für die Nichtteilnahme an sozialhilferechtlichen Beschäftigungsprogrammen gelöst werden kann. Ausnahmen sind in engen Grenzen, v.a. in berufsqualifizierenden Ausbildungen, denkbar. Zudem sollte die Sozialhilfe, die während eines Programmeinsatzes bezogen wurde, *nicht unter eine allfällige Rückzahlungsverpflichtung* fallen, damit der Wert der geleisteten Arbeit nicht zusätzlich negiert wird.
- 915 Zu erwähnen ist, dass auf kommunaler und kantonaler Ebene und bei der SKOS *Bestrebungen* in den Bereichen Entschädigung und Bildung laufen. Dies ist u.a. daher ausdrücklich zu begrüssen, da diese Aspekte gestützt auf Art. 7 UN-Pakt I kaum individuell durchsetzbar sind; die Verpflichtungen zur Umsetzung bestehen dennoch und sind in der konkreten Ausgestaltung der Programme resp. der Beurteilung der Zumutbarkeit einer Arbeit in einem Programm durch die staatlichen Stellen zu gewährleisten. Durch entsprechende Praxisänderungen kann also eine völkerrechtskonforme Situation geschaffen werden.
- 916 Dem *Schutz der Gesundheit und der Sicherheit am Arbeitsplatz* liegt eine starke Verbindung mit dem Menschenrecht auf Leben und dem Recht auf Privatleben zu Grunde, was sowohl der EGMR als auch das BGer anerkennen. Die sich daraus ergebenden staatlichen Pflichten erstrecken sich auch auf sozialhilferechtliche Beschäftigungsverhältnisse und sind in diesem Sinne justiziabel. Diese Pflichten zum Schutz vor übermässig belastenden Arbeitsbedingungen erlangen im Kontext der sozialhilferechtlichen Beschäftigungsprogramme eine besondere Relevanz, da die Arbeitsbedingungen nicht frei ausgehandelt werden können und eine Stelle unter Sanktionsandrohung akzeptiert werden muss.
- 917 Dabei wurde gezeigt, dass die Regelung von *Arbeitszeiten* ein Aspekt des Gesundheitsschutzes ist, welcher – soweit ersichtlich – in sozialhilferechtlichen Beschäftigungsprogrammen kaum zu Problemen führt. Im Bereich der *Arbeitssicherheit* und Unfallverhütung hat das BGer mit der Feststellung, dass das UVG auch auf nicht entlohnte sozialhilferechtliche Beschäftigungsverhältnisse anwendbar ist, zumindest die Frage geklärt, wer für die Folgen von Unfällen am Arbeitsplatz haftet. Darüber hinaus ist davon auszugehen, dass die VUV und das ArG anwendbar sind und der Sozialdienst die Verantwortung dafür trägt, dass die Programmanbieter die entsprechenden Regeln einhalten.

Kapitel 12 Menschen mit Behinderung

I. Einleitung und Quellen

Wie festgestellt, werden durch die Sozialhilfe viele Personen unterstützt, die gesundheitliche Probleme haben. In Kapitel 3 (N 404 ff.) wurde dargelegt, dass unklar ist, wie sich die gesundheitliche Zumutbarkeit einer Arbeit in einem Beschäftigungsprogramm beurteilt. Leistungseinschränkungen müssen berücksichtigt werden, wenn die Arbeitsbedingungen beurteilt werden (siehe N 913). Daher ist zu untersuchen, ob sich aus der UN-Behindertenrechtskonvention (BRK) oder allenfalls dem Verfassungsrecht besondere Vorgaben für die Arbeitsintegration von Personen mit gesundheitlichen Beeinträchtigungen resp. mit Behinderung ergeben.

Mit der BRK werden die bereits im UN-Pakt I und im UN-Pakt II enthaltenen Rechte für Menschen mit Behinderung konkretisiert.²¹⁸⁹ Die BRK ist der Erkenntnis geschuldet, dass die Verwirklichung der Menschenrechte für Menschen mit Behinderung mit besonderen Schwierigkeiten verbunden ist,²¹⁹⁰ was auf die (in der Vergangenheit) oftmals bewusste Ausgrenzung von Personen mit Behinderung aus dem gesellschaftlichen Leben zurückzuführen ist.²¹⁹¹ Der Begriff der Behinderung i.S. der BRK ist umfassend zu verstehen und beinhaltet alle längerfristigen körperlichen, seelischen, geistigen oder Sinnesbeeinträchtigungen (siehe II zur Begriffsdefinition). Die BRK entstand massgeblich unter Mitwirkung von Nichtregierungsorganisationen und von Behindertenrechtsorganisationen.²¹⁹²

Im Zentrum der nachfolgenden Ausführungen stehen die Art. 26 und 27 BRK welche sich mit den Themen «Arbeit» und «Rehabilitation» befassen (III und IV). Ergänzt wird dies mit einigen Bemerkungen zu Art. 8 Abs. 2 BV sowie Art. 8 Abs. 4 BV. Ausgeklammert wird hingegen das ILO-Übereinkommen Nr. 159, aus welchem sich, auch unter Berücksichtigung der ILO-Empfehlung Nr. 168, keine

²¹⁸⁹ SCHEFER/HESS-KLEIN, S. 8.

²¹⁹⁰ WELTI, S. 148.

²¹⁹¹ ROTHFRITZ, S. 117.

²¹⁹² GRAUMANN, S. 26.

zusätzlichen Erkenntnisse ergeben. Besonders geprüft wird, welche Vorgaben die BRK für die Ausgestaltung geschützter Arbeitsplätze macht. Dabei werden auch bundesrechtliche Vorgaben einbezogen und auf ihre Bedeutung für sozialhilferechtliche Beschäftigungsprogramme untersucht (Abschnitt V). Abschliessend folgt eine generelle Beurteilung, ob die schweizerische Praxis in Bezug auf die Beurteilung der (gesundheitlichen) Zumutbarkeit von Arbeitsleistungen für gesundheitlich beeinträchtigte Sozialhilfeempfänger_innen mit den Vorgaben der BRK vereinbar ist.

II. Begriff der Behinderung

- 921 Die BRK drückt ein weites Verständnis von Behinderung aus. Art. 1 BRK umschreibt²¹⁹³ Menschen mit Behinderung als Menschen, «die langfristige körperliche, seelische, geistige oder Sinnesbeeinträchtigungen haben, welche sie in Wechselwirkung mit verschiedenen Barrieren an der vollen, wirksamen und gleichberechtigten Teilhabe an der Gesellschaft hindern können». Diese Umschreibung lässt auch für zukünftige Entwicklungen Raum, was durch lit. e der Präambel verdeutlicht wird, wo festgehalten wird, dass sich das Verständnis von Behinderung ständig weiterentwickelt. Behinderung entsteht aus der «Wechselwirkung zwischen Menschen mit Beeinträchtigungen und einstellungs- und umweltbedingten Barrieren», welche eine volle, wirksame und gleichberechtigte Teilhabe an der Gesellschaft behindern.
- 922 Dies verdeutlicht, dass die BRK nicht von einer medizinisch oder defizitorientierten Sicht von Behinderung ausgeht, sondern von einer sozialen resp. barriereorientierten.²¹⁹⁴ Dieses Verständnis stellt einen eigentlichen Paradigmenwechsel dar, da die Behinderung nicht mehr als eine dem Menschen innewohnende Eigenschaft verstanden wird, sondern als etwas, das durch einstellungs- oder umweltbedingte Hindernisse entsteht.²¹⁹⁵ Hier ist auch die Unterscheidung zwischen Behinderung und Beeinträchtigung wesentlich (vgl. Präambel, lit. e): Eine (gesundheitliche) Beeinträchtigung wird erst dann relevant, wenn sie in Wechselwirkung mit sozialen Begebenheiten zu einer Behinderung führt. Der BRK-Ausschuss hat denn

²¹⁹³ Eine eigentliche Begriffsdefinition ist in der BRK nicht enthalten, siehe: GRAUMANN, S. 40; EIKÖTTER, S. 50; HESS-KLEIN, S. 20 f.

²¹⁹⁴ Siehe auch ausführlich zu diesen Begriffen: ROTHFRITZ, S. 155 ff.

²¹⁹⁵ LACHWITZ, N 9 zur Präambel; EIKÖTTER, S. 51.

auch schon in seinen Schlussfolgerungen Staaten kritisiert, deren Gesetzgebung weiterhin auf einem defizitorientierten Behinderungsbegriff beruhen.²¹⁹⁶

III. Gleiches Recht auf Arbeit (Art. 27 BRK): Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung

A. Grundsatz der Gleichbehandlung

Die BRK ist insgesamt als Konvention, die ungleiche Behandlung aufgrund einer Behinderung bekämpft, zu verstehen. Rechte, die bereits im UN-Pakt I oder II festgelegt sind, werden spezifiziert, damit sie auch für Personen mit Behinderung verwirklicht werden können.²¹⁹⁷ So anerkennen die Vertragsstaaten in Art. 27 BRK explizit das «gleiche Recht von Menschen mit Behinderungen auf Arbeit» an.²¹⁹⁸ Damit werden im Wesentlichen die Teilgehalte von Art. 6 UN-Pakt I konkretisiert,²¹⁹⁹ was es an dieser Stelle erlaubt, für die grundsätzliche Tragweite des Rechts auf Arbeit auf die Ausführungen in Kapitel 8 (insbes. N 687 ff.) zu verweisen.

Wie dort gezeigt, kann aus dem Recht auf Arbeit kein Anspruch auf eine (spezifische) Arbeitsstelle abgeleitet werden. Dies gilt auch für Art. 27 BRK.²²⁰⁰ Hingegen ist der Staat verpflichtet, Beschäftigungsmöglichkeiten zu menschenwürdigen Bedingungen zu fördern. Insbesondere soll angestrebt werden, dass die Arbeitslosen-

²¹⁹⁶ BRK-Ausschuss, Concluding Observations, Germany, 2015, § 8; Hinweis auch bei: HESS-KLEIN, S. 21.

²¹⁹⁷ Aufgrund der speziellen Ausrichtung auf Menschen mit Behinderung scheint es, dass gewisse Rechte keine unmittelbare Entsprechung im UN-Pakt I finden und insbesondere im Bereich der WSK-Rechte neue Teilaspekte verbrieft werden. Auch diese zielen jedoch wiederum auf die diskriminierungsfreie Teilhabe am gesellschaftlichen Leben ab. Siehe für eine Behandlung dieser Teilaspekte: ROTHFRITZ, S. 463 ff.; siehe auch: KAYESS ROSEMARY/FRENCH PHILLIP, Out of Darkness into Light – Introducing the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, Human Rights Law Review, 8:1 (2008), S. 1–34, S. 32 f.

²¹⁹⁸ Vgl. hierzu: WELTI, S. 152.

²¹⁹⁹ HESS-KLEIN, S. 42.

²²⁰⁰ Explizit für die BRK: TRENK-HINTERBERGER, N 2 zu Art. 27 BRK; EIKÖTTER, S. 96.

quote von Menschen mit Behinderung nicht höher ist als die von Menschen ohne Behinderung.²²⁰¹

Die BRK reflektiert, dass Menschen mit Behinderung, die weitere stigmatisierend wirkende Merkmale aufweisen, der Gefahr von mehrfachen oder verschärften Formen von Diskriminierung ausgesetzt seien (Präambel, lit. p BRK).²²⁰² Insbesondere Frauen und Mädchen seien oft in stärkerem Masse durch Gewalt, Verletzung, Missbrauch, Nichtbeachtung, Misshandlung etc. gefährdet (Präambel, lit. q BRK). Entsprechend sind gem. Art. 6 Abs. 1 BRK besondere Massnahmen zu ergreifen, damit Frauen und Mädchen alle Menschenrechte und Grundfreiheiten voll und gleichberechtigt genießen können.

- 925 Damit die Vorgaben der BRK im Bereich der Arbeit und Rehabilitation befriedigend erfasst werden können, sind sie in Zusammenhang mit dem Gebot der Gleichberechtigung und Nichtdiskriminierung gem. Art. 5 BRK zu setzen.²²⁰³ Art. 5 BRK weist diverse Teilgehalte auf. In Abs. 1 werden die Gleichheit vor dem Gesetz und durch das Gesetz sowie der diskriminierungsfreie Anspruch auf gleichen Schutz und gleiche Vorteile durch das Gesetz festgeschrieben. Dieser Teilgehalt ist justiziabel und kann somit von Individuen direkt vor Gericht angerufen werden.²²⁰⁴ Er unterliegt nicht der Pflicht zur progressiven Realisierung,²²⁰⁵ sondern ist unmittelbar zu gewähren.²²⁰⁶
- 926 Weiter haben die Vertragsstaaten jede Diskriminierung aufgrund von Behinderung zu verbieten²²⁰⁷ und zur Förderung der Gleichberechtigung und zur Beseitigung von Diskriminierung alle geeigneten Schritte zu unternehmen, um die Bereitstellung angemessener Vorkehrungen zu gewährleisten.²²⁰⁸ Solche Massnahmen, die zur Erreichung der Gleichberechtigung erforderlich sind, gelten nicht als Diskriminierung.²²⁰⁹
- 927 Art. 8 Abs. 2 BV, der die körperliche, geistige oder psychische Behinderung als Diskriminierungsmerkmal und somit als verpönten Anknüpfungspunkt einer Ungleichbehandlung nennt, erfüllt eine ähnliche Funktion wie Art. 5 BRK. Auch der

²²⁰¹ GRAUMANN, S. 73 f.

²²⁰² GRAUMANN, S. 50.

²²⁰³ LACHWITZ, N 2 zu Art. 5 BRK; KÄLIN ET AL., S. 60.

²²⁰⁴ KÄLIN ET AL., S. 56; HESS-KLEIN, S. 24; aber auch: Botschaft BRK, BBl 2013 673.

²²⁰⁵ Siehe dazu N 475 ff.

²²⁰⁶ LACHWITZ, S. 315.

²²⁰⁷ Art. 5 Abs. 2 BRK.

²²⁰⁸ Art. 5 Abs. 3 BRK.

²²⁰⁹ Art. 5 Abs. 4 BRK.

subjektive, justiziable grundrechtliche Anspruch aus Art. 8 Abs. 2 BV erschöpft sich nicht in einer Unterlassungspflicht und einem Verbot der diskriminierenden Behandlung durch den Staat. Vielmehr ergeben sich aus Art. 8 Abs. 2 BV auch positive staatliche Pflichten, die individuell durchsetzbar sind. Im Einzelfall müssen zumutbare Massnahmen zum tatsächlichen Schutz von Menschen mit Behinderungen ergriffen werden und im Rahmen der Verhältnismässigkeit sind Förderungsmassnahmen zu ergreifen. Einer drohenden (mittelbaren) Diskriminierung wird auf diese Weise mit kompensatorischen Massnahmen entgegengewirkt.²²¹⁰ Es ist jedoch nicht zu verkennen, dass Art. 5 BRK expliziter ist und die Ziele des Verfassungsrechts somit verdeutlicht.²²¹¹

B. Zumutbare Massnahmen zur Beseitigung von Ungleichbehandlungen

Welche Schritte im Sinne der Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung für die Verwirklichung des Rechts auf Arbeit für Menschen mit Behinderungen u.a. ergriffen werden können, konkretisiert Art. 27 Abs. 1 BRK in mehreren Literas. Bei der Wahl der Massnahmen kommt den Staaten ein grosser Ermessensspielraum zu.²²¹²

Unter anderem fordert lit. b das gleiche Recht auf gerechte und günstige Arbeitsbedingungen, welches auch das Recht auf gleiches Entgelt für gleichwertige Arbeit vorsieht. Dadurch wird klargestellt, dass Menschen mit Behinderungen sich nicht aufgrund ihrer Behinderung mit schlechteren Arbeitsbedingungen begnügen müssen.²²¹³ Gemäss Art. 27 Abs. 1 lit. e BRK sind Beschäftigungsmöglichkeiten und beruflicher Aufstieg auf dem Arbeitsmarkt zu fördern. Die Arbeitssuche sowie der Erhalt und die Beibehaltung eines Arbeitsplatzes und der berufliche Wiedereinstieg sind zu unterstützen.

Weiter sind gem. Art. 27 Abs. 1 lit. k BRK auch «Programme für die berufliche Rehabilitation, den Erhalt des Arbeitsplatzes und den beruflichen Wiedereinstieg von Menschen mit Behinderungen zu fördern». Dies schafft eine Verbindung zwischen dem Recht auf Arbeit und der Verpflichtung, wirksame Massnahmen zur Reha-

²²¹⁰ SCHEFER/HESS-KLEIN, S. 25 f.

²²¹¹ Siehe auch: Botschaft BRK, BBl 2013 663 zum fragmentierten Schutz für Menschen mit Behinderung im Verfassungsrecht.

²²¹² KÄLIN ET AL., S. 103.

²²¹³ TRENK-HINTERBERGER, N 16 zu Art. 27 BRK.

bilitation nach Art. 26 BRK zu treffen (siehe dazu gerade nachfolgend N 934). Diese Verpflichtung, Programme für die berufliche Rehabilitation zu schaffen, ist als progressiv zu verwirklichende Leistungspflicht zu verstehen.²²¹⁴ Justiziable Individualansprüche lassen sich daraus nicht ableiten.²²¹⁵

931 Art. 27 Abs. 1 lit. i BRK konkretisiert Art. 5 Abs. 3 BRK, indem festgehalten wird, dass zur Verwirklichung des Rechts auf Arbeit für Menschen mit Behinderungen allenfalls am Arbeitsplatz für sie angemessene Vorkehrungen getroffen werden müssen. Die Pflicht zu angemessenen Vorkehrungen am Arbeitsplatz führt dazu, dass (gesundheitsbedingte) Erwerbslosigkeit nicht mehr als ein individuelles Problem betrachtet wird, sondern als ein Problem ungenügend inklusiver sozialer Strukturen. Arbeitgeber_innen werden verpflichtet, zu überdenken, wie sie ihre Arbeitsplätze organisieren (können), anstatt die ganze Last der Reintegration auf die gesundheitlich beeinträchtigte Person zu legen.²²¹⁶

932 Mit TRENK-HINTERBERGER zusammengefasst, ergeben sich aus Art. 27 BRK insbesondere drei Postulate, die zu verfolgen sind:

- Erstens sollten so wenig «Sonderarbeitswelten» – also Arbeitsplätze ausserhalb des ersten Arbeitsmarktes – wie möglich bestehen.
- Zweitens sollten bestehende Sonderarbeitsplätze so weit wie möglich regulären Arbeitsverhältnissen angeglichen werden und dies insbesondere, was die Entlohnung und soziale Sicherheit betrifft.
- Drittens soll ein inklusiver Arbeitsmarkt angestrebt werden.

In diesem Rahmen können auch staatliche Eingriffe in die unternehmerische Freiheit zur Verwirklichung der Inklusivität des Arbeitsmarktes legitimiert sein.²²¹⁷

933 Der Verfassungsgeber hat ebenfalls erkannt, dass zur Beseitigung von Benachteiligungen aufgrund von Behinderungen besondere Massnahmen zu ergreifen sind. Art. 8 Abs. 4 BV enthält einen diesbezüglichen Gesetzgebungsauftrag, der sich an alle Staatsebenen richtet.²²¹⁸ Er betrifft alle Lebensbereiche²²¹⁹ und somit auch den Bereich der Arbeit und der Arbeitsintegration. Da die Aufgabenteilung zwischen

²²¹⁴ EIKÖTTER, S. 262; TRENK-HINTERBERGER, N 26 zu Art. 27 BRK.

²²¹⁵ KÄLIN ET AL., S. 108.

²²¹⁶ Ähnlich: DE SCHUTTER, S. 157.

²²¹⁷ TRENK-HINTERBERGER, N 31 zu Art. 27 BRK.

²²¹⁸ BIGLER-EGGENBERGER/KIENER, St. Galler Kommentar, N 140 zu Art. 8 BV.

²²¹⁹ SCHEFER/HESS-KLEIN, S. 32.

Bund und Kantonen durch Art. 8 Abs. 4 BV und die BRK nicht berührt wird,²²²⁰ sind grundsätzlich die Kantone für die Umsetzung von Art. 8 Abs. 4 BV und der BRK für Sozialhilfeempfänger_innen mit gesundheitlichen Beeinträchtigungen zuständig.²²²¹

Die Bundesgesetzgeberin ist mit dem Erlass des Behindertengleichstellungsgesetzes (BehiG) diesem Gesetzgebungsauftrag nach Art. 8 Abs. 4 BV nachgekommen. Vom BehiG werden nur Arbeitsverhältnisse erfasst, die unter das Bundespersonalgesetz fallen. Der Arbeitgeber «Bund» wird dadurch verpflichtet, angemessene Vorkehrungen zu treffen. Dies äusserte sich in einem Fall, in welchem die Entlassung einer Reinigungskraft, die aufgrund ihres tiefen Intelligenzquotienten nicht in der Lage war, ein geändertes Putzkonzept umzusetzen, nicht gerechtfertigt war. Der Arbeitgeber hätte andere Möglichkeiten zur Eingliederung ergreifen und der Arbeitnehmerin Unterstützung bieten müssen.²²²²

Weder privatrechtliche Anstellungsverhältnisse noch solche der Gemeinden oder Kantone werden vom BehiG erfasst.²²²³ Damit bleibt das BehiG in diesem Bereich hinter dem von Art. 27 BRK geforderten Schutzniveau zurück.²²²⁴ Die Stellung von Sozialhilfeempfänger_innen in Beschäftigungsprogrammen, welche entweder in kantonalen, kommunalen oder privatrechtlichen Strukturen stattfinden, wird jedenfalls durch das BehiG nicht berührt.

²²²⁰ BIGLER-EGGENBERGER/KIENER, St. Galler Kommentar, N 140 zu Art. 8 BV; WALDMANN, BSK-BV, N 127 zu Art. 8 BV.

²²²¹ Gem. Art. 112c BV sorgen die Kantone für die Hilfe und Pflege von Betagten und Behinderten zu Hause; damit sind keine Vorgaben für die Arbeitsintegration verbunden.

²²²² Urteil BVGer A-6550/2007 v. 29.04.2008, E. 6.6.4; siehe dazu auch: PÄRLI/STUDER, N 396.

²²²³ Art. 3 lit. g BehiG; ausführlich: SCHEFER/HESS-KLEIN, S. 413 f.; siehe für einen Überblick über den Schutz des BehiG im Arbeitsleben: Arbeitsgemeinschaft Büro BASS/ZHAW, Evaluation des Bundesgesetzes über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen – BehiG, Integraler Schlussbericht, Bern 2015, <<https://www.edi.admin.ch/dam/edi/de/dokumente/gleichstellung/evaluationsbericht-integralefassung.pdf.download>>, besucht am 30.04.2021, S. 262 ff.

²²²⁴ SCHEFER/HESS-KLEIN, S. 418; Kritik auch: INCLUSION HANDICAP, S. 16, 121; siehe zudem die Hinweise bei N 799.

IV. Habilitation, Rehabilitation und Arbeit (Art. 26 BRK)

- 934 Art. 26 der BRK befasst sich detaillierter mit den Programmen für die berufliche Habilitation und Rehabilitation. Ziel solcher Massnahmen soll es u.a. sein, für Menschen mit Behinderung ein Höchstmass an Unabhängigkeit, umfassende körperliche, geistige, soziale und berufliche Fähigkeiten und die volle Teilhabe an allen Aspekten des Lebens zu erreichen und zu bewahren.²²²⁵ Somit sind nicht nur medizinische Massnahmen, sondern auch berufliche und soziale sowie solche im Bereich der Bildung angesprochen.²²²⁶

Unter Habilitation wird ein Prozess verstanden, der darauf abzielt, dass eine Person mit einer Behinderung neue Fähigkeiten und Wissen erlangt, und der i.d.R. zeitlich begrenzt ist. Rehabilitation meint im Gegensatz dazu das Wiedererlangen von Fähigkeiten oder Fertigkeiten, die im Zuge einer Veränderung der gesundheitlichen Situation verloren gingen.²²²⁷

- 935 Es werden in Art. 26 Abs. 1 BRK nicht nur Habilitations- und Rehabilitationsprogramme auf dem Gebiet der Beschäftigung gefordert, sondern auch – und dies ist wohl das ursprünglichere Verständnis des Begriffs «Rehabilitation» – auf dem Gebiet der Gesundheit. Entsprechend wird das Recht auf (Re-)Habilitation als Unterstützung des Rechts auf das erreichbare Höchstmass an physischer und psychischer Gesundheit gesehen.²²²⁸ Ein Rechtsanspruch auf solche Programme besteht nicht.²²²⁹ Es ist hier von einer weitgehend progressiv zu verwirklichenden Vorgabe auszugehen, ohne dass die Leistungen individuell einklagbar wären.²²³⁰
- 936 Diese Leistungen und Programme sollen so früh wie möglich einsetzen und auf einer multidisziplinären Bewertung von individuellen Bedürfnissen und Stärken beruhen.²²³¹ Die Vertragsstaaten sind also verpflichtet, einen ganzheitlichen Ansatz zu wählen und dabei anzuerkennen, dass Menschen mit Behinderungen auch individuelle Stärken besitzen, die zu fördern sind.²²³² Die Programme sollten im-

²²²⁵ Art. 26 Abs. 1 BRK.

²²²⁶ So auch: PAVONE, S. 489.

²²²⁷ PAVONE, S. 488.

²²²⁸ ROTHFRITZ, S. 335.

²²²⁹ ROTHFRITZ, S. 334.

²²³⁰ LACHWITZ, N 2 zu Art. 26 BRK.

²²³¹ Art. 26 Abs. 1 lit. a BRK.

²²³² ROTHFRITZ, S. 335.

mer die möglichst volle Inklusion der Menschen mit Behinderungen in die Gesellschaft zum Ziel haben.²²³³ Programme, die nicht herausfordernd sind und die bestehenden Qualifikationen nicht berücksichtigen, sind problematisch. In der Planung und der Umsetzung der Programme sind die betroffenen Personen einzubeziehen, was sich implizit aus dem allgemeinen Prinzip der Inklusion, Autonomie und Verantwortung gem. Art. 3 BRK ergibt.²²³⁴

Zentral und zu betonen ist, dass diese Programme auf Freiwilligkeit beruhen und so gemeindenah wie möglich zur Verfügung stehen sollen.²²³⁵ Die freiwillige Teilnahme trägt zum Schutz der Menschenwürde der Personen mit Behinderung bei, da sie so nicht zum Objekt staatlicher Dienste abgewertet werden und ihnen auch autonome Entscheidungen zugebilligt werden.²²³⁶ Damit wird schliesslich auch das eigentliche Ziel der (Re-)Habilitation, nämlich das Wiedererlangen oder Erhalten der Autonomie, gestützt.²²³⁷

Es stellt sich die Frage, wie sich die Programme im Bereich der Beschäftigung zum Recht auf Arbeit und der dort stipulierten, möglichst geringen Zahl von Sonderarbeitswelten verhalten. Art. 27 Abs. 1 lit. k BRK kann als Spezifikation von Art. 26 Abs. 1 BRK im Bereich der «Beschäftigung» gesehen werden.²²³⁸ Dementsprechend lassen sich aus Art. 26 Abs. 1 BRK i.V.m. Art. 27 Abs. 1 lit. k BRK umfassende Vorgaben über die Qualität der zu fördernden Arbeit und Arbeitsintegrationsprogramme entnehmen. Dabei soll die Förderung nicht nur Menschen mit Behinderung, sondern auch den Arbeitgeber_innen gelten.²²³⁹ Der Prozess der Habilitation resp. Rehabilitation kann auch als notwendige Voraussetzung für das Wahrnehmen des Rechts auf Arbeit gesehen werden. In dieser Stufe werden die Fähigkeiten entwickelt, um ein Einkommen zu erwirtschaften und um grundlegende Entscheidungen eigenständig fällen zu können. Dies ermöglicht erst die Teilnahme am gesellschaftlichen Leben und den Genuss aller in der Konvention enthaltenen Rechte.²²⁴⁰

²²³³ LACHWITZ, N 22 zu Art. 26 BRK.

²²³⁴ PAVONE, S. 494.

²²³⁵ Art. 26 Abs. 1 lit. b BRK.

²²³⁶ ROTHFRITZ, S. 335 f.

²²³⁷ PAVONE, S. 493.

²²³⁸ TRENK-HINTERBERGER, N 26 zu Art. 27 BRK; EIKÖTTER, S. 261.

²²³⁹ TRENK-HINTERBERGER, N 26 zu Art. 27 BRK.

²²⁴⁰ PAVONE, S. 492.

V. Konkretisierung im Zusammenhang mit geschützten Arbeitsplätzen und spezifische Massnahmen für Menschen mit Behinderungen

A. Geschützte Arbeitsplätze

1. Vorgaben der BRK

939 Ob geschützte Arbeitsplätze im zweiten Arbeitsmarkt mit den Vorgaben der BRK vereinbar sind, wurde bei der Ausarbeitung der Konvention kontrovers diskutiert.²²⁴¹ Wird das Recht auf (gleiche) Arbeit für Personen mit Behinderung damit verwirklicht oder nicht?

940 Die Schaffung von geschützten Arbeitsplätzen alleine reicht nicht aus, um den staatlichen Verpflichtungen aus der BRK nachzukommen. Ein Arbeitsmarkt, der Personen mit Behinderungen ausschliesst und ihnen einzig die Möglichkeit bietet, an geschützten Plätzen zu arbeiten, ist nicht offen und inklusiv, wie es Art. 27 BRK fordert. Dies ergibt sich bereits aus den allgemeinen Bemerkungen des WSK-Ausschusses zu Art. 6 UN-Pakt I, wo festgehalten wird:

«The «right of everyone to the opportunity to gain his living by work which he freely chooses or accepts» is not realised where the only real opportunity open to disabled workers to work in so-called «sheltered» facilities under substandard conditions.»²²⁴²

Auch die allgemeinen Bemerkungen zu Art. 7 UN-Pakt I halten fest, dass Arbeiter_innen mit einer Behinderung nicht in geschützten Werkstätten segregiert werden sollten, sondern sie vielmehr von einem zugänglichen Arbeitsmarkt profitieren und ein Recht auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit geniessen sollten. Lohndiskriminierung aufgrund von angenommenen verminderten Arbeitsfähigkeiten seien zu verhindern.²²⁴³

²²⁴¹ GRAUMANN, S. 74; siehe zur Verbreitung von Arbeitsplätzen in geschützten Werkstätten in der Schweiz: INCLUSION HANDICAP, S. 118 f.

²²⁴² WSK-Ausschuss, General Comment 18 (2005), § 17; so auch bereits: WSK-Ausschuss, General Comment No. 5: Persons with Disabilities, 9 December 1994, E/1995/22; siehe auch EIKÖTTER, S. 100.

²²⁴³ WSK-Ausschuss, General Comment 23 (2016), § 47 (iii).

Der BRK-Ausschuss seinerseits drückte in Bezug auf Deutschland, wo Arbeitsplätze in geschützten Werkstätten besonders verbreitet und besonders reguliert sind,²²⁴⁴ seine Besorgnis über die Segregation aus, die dadurch im Arbeitsmarkt stattfindet. Geschützte Werkstätten sollten abgelöst werden durch unmittelbar durchsetzbare Strategien und Anreize zur Beschäftigung von Personen mit Behinderungen für öffentliche und private Arbeitgeber_innen im allgemeinen Arbeitsmarkt.²²⁴⁵ Im Bericht, der an Österreich gerichtet wurde, äusserte der Ausschuss Besorgnis über die ca. 19'000 Personen, die in geschützten Werkstätten arbeiten und dabei sehr tiefe Löhne erhalten.²²⁴⁶ Es sollten (stattdessen) Programme zur Beschäftigung von Menschen mit Behinderungen im offenen Arbeitsmarkt eingerichtet werden.²²⁴⁷ Weitere Schlussfolgerungen beklagen die Arbeitsbedingungen in den geschützten Werkstätten, wie z.B. tiefe Löhne,²²⁴⁸ und fordern einen Aktionsplan, um geschützte Werkstätten durch einen inklusiven Arbeitsmarkt zu ersetzen. Dies bedürfe auch angemessener Vorkehrungen seitens der Arbeitgeber_innen.²²⁴⁹

2. Bundesrechtliche Vorgaben für Werkstätten

Gestützt auf Art. 112b BV, gemäss welchem sowohl der Bund als auch die Kantone die Eingliederung invalider Personen fördern,²²⁵⁰ wurde das Bundesgesetz über die Institutionen zur Förderung der Eingliederung von invaliden Personen (IFEG) erlassen. Der Begriff der Invalidität i.S. des IFEG ist leistungsspezifisch definiert,

²²⁴⁴ Siehe: LACHWITZ KLAUS, Barriers and Opportunities for Persons with Disabilities to change from Sheltered Employment Settings into an Open and Inclusive Labour Market – Positions of UN Bodies and some Global, Regional and National Disabled People Organizations, in: Wansing Gudrun/Welti Felix/Schäfers Markus (Hrsg.), The Right to Work for Persons with Disabilities. International Perspectives, Baden-Baden 2018, S. 313–326, S. 318, wo Deutschland als der grösste Anbieter von geschützten Werkstätten in Europa beschrieben wird; EIKÖTTER, S. 101 für die Arbeitssituation von sog. Schwerstbehinderten; sowie GRAUMANN, S. 74, Fn. 52, bezüglich Lohn, der häufig nicht mehr als ein Taschengeld von ca. 150 Euro beträgt.

²²⁴⁵ BRK-Ausschuss, Concluding Observations, Germany, 2015, § 50.

²²⁴⁶ BRK-Ausschuss, Concluding Observations, Austria, 2013, § 44.

²²⁴⁷ BRK-Ausschuss, Concluding Observations, Austria, 2013, § 47.

²²⁴⁸ BRK-Ausschuss, Concluding Observations, Portugal, 20.05.2016, CRPD/C/PRT/CO/1, § 51.

²²⁴⁹ BRK-Ausschuss, Concluding Observations, Slovakia, 17.05.2016, CRPD/C/SVK/CO/1, § 74.

²²⁵⁰ Diese parallele Förderungskompetenz könne als Konkretisierung der Verpflichtungen aus der BRK gesehen werden, vgl. GÄCHTER/FILIPPO, BSK-BV, N 6 zu Art. 112b BV.

es werden also Personen erfasst, die Anspruch auf Leistungen nach IVG haben,²²⁵¹ somit auch Personen, die von Invalidität bedroht sind.²²⁵² Das heisst, dass nicht alle Personen mit einer Behinderung erfasst werden,²²⁵³ was gerade auch auf Sozialhilfeempfänger_innen mit gesundheitlichen Beeinträchtigungen zutrifft.

- 943 Erwähnenswert sind dennoch folgende Bestimmungen des IFEG: Art. 3 Abs. 1 lit. a IFEG legt fest, dass als Institutionen auch Werkstätten gelten, die dauernd intern oder an dezentral ausgelagerten Arbeitsplätzen invalide Personen beschäftigen, die unter üblichen Bedingungen keine Erwerbstätigkeit ausüben können. Institutionen, die i.S. des IFEG anerkannt werden wollen, haben die Voraussetzungen nach Art. 5 IFEG zu erfüllen. Dazu gehört die Wahrung der Persönlichkeitsrechte der invaliden Personen, insbesondere ihr Recht auf Selbstbestimmung, auf Privatsphäre, auf individuelle Förderung, auf soziale Kontakte (innerhalb und ausserhalb der Institution), auf Schutz vor Missbrauch und Misshandlung und ihr Recht – oder das der Angehörigen – auf Mitwirkung.²²⁵⁴ Die invaliden Personen sind ferner zu entlönnen, wenn sie eine wirtschaftlich verwertbare Tätigkeit verrichten.²²⁵⁵ Zudem sind die invaliden Personen und deren Angehörige über ihre Rechte und Pflichten schriftlich zu informieren.²²⁵⁶

Aufgrund des IFEG sind die Kantone verpflichtet, ein Konzept zur Förderung der Eingliederung invalider Personen zu erarbeiten. Bei der Erarbeitung desselben müssen die Kantone die Behindertenorganisationen anhören und das erste Konzept hat dem Bundesrat zur Genehmigung vorgelegt zu werden.²²⁵⁷

Das IFEG liefert nach hier vertretener Ansicht wichtige Anhaltspunkte, was i.S. eines Mindeststandards bei der Auswahl von Programmeinsatzplätzen im sozialhilferechtlichen Kontext berücksichtigt werden sollte. Es sind darin wesentliche Aspekte einer arbeitsrechtlichen Beziehung enthalten, die sich einerseits aus grundlegenden Persönlichkeitsrechten und andererseits aus grundlegenden Arbeitnehmer_innenrechten ableiten. Mindestens diese sind zu berücksichtigen, um einer ungebührlichen Ausnutzung einer Zwangslage vorzubeugen.

²²⁵¹ KIESER, St. Galler Kommentar, N 4 zu Art. 112b BV; GÄCHTER/FILIPPO, BSK-BV, N 9 zu Art. 112b BV; SIKI, S. 95.

²²⁵² SIKI, S. 95; GÄCHTER/FILIPPO, BSK-BV, N 9 zu Art. 112b BV.

²²⁵³ SIKI, S. 95.

²²⁵⁴ Art. 5 Abs. 1 lit. e IFEG.

²²⁵⁵ Art. 5 Abs. 1 lit. f IFEG.

²²⁵⁶ Art. 5 Abs. 1 lit. d IFEG.

²²⁵⁷ Art. 10 Abs. 1 IFEG.

B. Spezifische Massnahmen: Einarbeitungszuschuss

Ein Individualbeschwerdefall,²²⁵⁸ der den BRK-Ausschuss beschäftigte, befasste sich mit den vom deutschen Recht (nicht) zur Verfügung gestellten Massnahmen zur Förderung der Arbeitsintegration für Menschen mit Behinderungen und dabei insbesondere mit dem Instrument des Einarbeitungszuschusses.²²⁵⁹ Der Sohn der Beschwerdeführerin, Thomas Gröninger, fand trotz Bemühungen keine feste Arbeitsstelle. Die Arbeitsagentur unterstützte ihn nach Meinung der Beschwerdeführerin nur ungenügend und insbesondere wurde potenziellen Arbeitgeber_innen gegenüber kaum Bereitschaft gezeigt, Eingliederungszuschüsse auszurichten.²²⁶⁰ Die Eingliederungszuschüsse können gem. deutschem Recht während max. 60 Monaten (resp. 96 Monaten bei Personen, die älter als 55 sind) gewährt werden und betragen max. 70 % des Lohnes.²²⁶¹

Der BRK-Ausschuss kam zum Schluss, dass das Modell der Eingliederungszuschüsse auf ein medizinisches Konzept von Behinderung abstelle, welches davon ausgehe, dass die Behinderung etwas Vorübergehendes, Überwindbares oder Heilbares sei. Dies sei nicht mit der BRK vereinbar; insbesondere nicht mit der Verpflichtung aus Art. 27 BRK, ein Arbeitsumfeld zu schaffen, welches auch Arbeitsmöglichkeiten im privaten Sektor schaffe und fördere. Dabei sei es problematisch, dass die Gewährung eines Einarbeitungszuschusses von einem Antrag der potenziellen Arbeitgeber_in abhängt. Dies bedinge ein zusätzliches Verfahren, dessen Ausgang unklar sei. Die Betroffenen selber könnten keinen Antrag auf Eingliederungszuschuss stellen. Insgesamt wurde Deutschland dazu angehalten, das Unterstützungskonzept zu überarbeiten und Thomas Gröninger eine Entschädigung auszurichten.²²⁶²

²²⁵⁸ Die BRK verfügt über ein Fakultativprotokoll, mit welchem die Möglichkeit einer Individualbeschwerde an den BRK-Ausschuss geschaffen wird. Die Schweiz hat dieses Protokoll nicht ratifiziert.

²²⁵⁹ Siehe ausführlich zu diesem Beschwerdefall: TOLMEIN OLIVER, Soziale Menschenrechte vor Gericht – ein Fallbeispiel, in: Banafsche Minou/Platzer Hans-Wolfgang (Hrsg.), Soziale Menschenrechte und Arbeit. Multidisziplinäre Perspektiven, Baden-Baden 2015, S. 185–192, wo auch darauf hingewiesen wird, dass sich die Literatur bisher nicht mit dem Entscheid auseinandergesetzt hat und auch die Politik zunächst untätig bleibt.

²²⁶⁰ BRK-Ausschuss, Communication No. 2/2010, *Liliane Gröninger ./. Deutschland* v. 07.07.2014, CRPD/C/D/2/2010, insbes. § 2.8 f.

²²⁶¹ Vgl. BRK-Ausschuss, *Liliane Gröninger ./. Deutschland*, § 3.29.

²²⁶² BRK-Ausschuss, *Liliane Gröninger ./. Deutschland*, § 7.

Auch das IVG kennt seit der 5. IV-Revision das Institut der Einarbeitungszuschüsse (Art. 18b IVG).²²⁶³ Einarbeitungszuschüsse werden demnach nur während 180 Tagen gewährt. Damit genügt diese Massnahme den Vorgaben der BRK nicht, wurde doch bereits die deutsche Regelung, wonach der Zuschuss während bis zu 60 resp. max. 96 Monaten gewährt wird, als unzulässig beurteilt. Dieser Befund wird durch den defizitorientierten Ansatz des IVG, welches von der versicherten Person in weitem Masse fordert, gesundheitliche Einschränkungen zu überwinden, und sie auf den Weg der (Selbst-)Eingliederung verweist (siehe ausführlich Kapitel 15), verstärkt.

C. Bedeutung für sozialhilferechtliche Beschäftigungsverhältnisse

- 946 Aus diesen Quellen lässt sich folgern, dass Arbeitsprogramme, die rein auf Beschäftigung ausgerichtet sind und weder einen Lohn bieten, der es ermöglicht, den Lebensunterhalt zu bestreiten, noch einen tatsächlich inklusiven Arbeitsplatz bieten, objektiv-rechtlich nicht zulässig sind.²²⁶⁴ Menschen mit Behinderungen sollen vielmehr in die Lage versetzt werden, mittels einer Arbeit ihren Lebensunterhalt bestreiten zu können,²²⁶⁵ was Arbeiten zu einem Taschengeld unzulässig erscheinen lässt.²²⁶⁶
- 947 Dass in bestehenden «Sonderarbeitswelten» zumindest auch auf die Bedürfnisse und vor allem Stärken der betroffenen Personen Rücksicht zu nehmen ist, ergibt sich direkt aus Art. 26 Abs. 1 lit. a BRK. Aus der in Art. 26 Abs. 1 lit. b BRK geforderten Freiwilligkeit ergibt sich dann auch, dass auf jegliche Sanktionen im Zusammenhang mit Beschäftigungsprogrammen für Menschen mit Behinderungen zu verzichten ist. Zudem sind Abweichungen von einem Arbeitsverhältnis im ersten Arbeitsmarkt möglichst abzubauen, sodass dieselben Arbeitsschutz- und Arbeitsrechtsstandards gelten.²²⁶⁷ Die BRK steht also einem konturenlosen Begriff der Zumutbarkeit bei beruflichen (Re-)Integrationsmassnahmen entgegen und fordert, dass die Stärken und Schwächen in die Auswahl eines Arbeitsplatzes mit einfließen. Dies hat auch zu gelten, wenn solche Massnahmen im Rahmen der Sozialhilfe durchgeführt werden.

²²⁶³ Bestimmungen dazu fanden sich vorher in der Verordnung unter dem Stichwort «Anlern- und Einarbeitungstaggeld», vgl. Botschaft 5. IV-Revision, BBl 2005 4524; BUCHER, N 868.

²²⁶⁴ EIKÖTTER, S. 96; ROTHFRITZ, S. 404.

²²⁶⁵ ROTHFRITZ, S. 404.

²²⁶⁶ So auch: GRAUMANN, S. 75.

²²⁶⁷ GRAUMANN, S. 74, m.H.a. die *travaux préparatoires*.

Der Kanton Basel-Stadt hat als erster Kanton mit den Gesetzgebungsarbeiten zur Umsetzung der BRK und Art. 8 Abs. 4 BV begonnen. Dabei wurde erkannt, dass die BRK auch im Rahmen der Sozialhilfe massgebend ist, da gewisse Sozialhilfeempfänger_innen gesundheitliche Einschränkungen haben, die als Behinderung zu qualifizieren sind, sie aber dennoch keinen Anspruch auf Leistungen der IV haben.²²⁶⁸ Deshalb sind zur Umsetzung der BRK und Art. 8 Abs. 4 BV Anpassungen des Sozialhilfegesetzes notwendig.²²⁶⁹ Nach diesen Änderungen sollen Arbeitseinsätze für Sozialhilfeempfänger_innen mit Leistungseinbussen flexibler gestaltet werden können. Entgegen dem Vorschlag des Regierungsrats wurde darauf verzichtet, eine gesetzliche Grundlage zur (unbefristeten) – mit Arbeitsvertrag geregelten – Anstellung von leistungsbeeinträchtigten Sozialhilfeempfänger_innen in der öffentlichen Verwaltung zu schaffen.²²⁷⁰ Hingegen wird vorgesehen, dass die Einsatzbetriebe, die gesundheitlich beeinträchtigte Sozialhilfeempfänger_innen langfristig im Rahmen der sozialen Integration beschäftigen, mit ihnen Arbeitsverträge abschliessen.²²⁷¹ Ob damit alle Vorgaben der BRK umgesetzt werden, ist fraglich und m.E. würde es sich anbieten, weitergehende Regelungen zur Anerkennung von Einsatzbetrieben etwa analog zu Art. 5 IFEG vorzusehen (siehe N 942).

In Bezug auf die generell zu bevorzugende Möglichkeit einer Arbeit in einem inklusiven Arbeitsmarkt wird auch das Konzept der «Supported Employment» resp. der «Unterstützten Beschäftigung» national und international diskutiert. Zentrale Merkmale der Supported Employment sind, dass sie Seite an Seite mit Menschen ohne Behinderung ausgeführt wird. Am Arbeitsplatz wird ein «Job Coach» zur Unterstützung eingesetzt und es wird ein (der Leistung entsprechender) Lohn bezahlt. Angestrebt wird in erster Linie die Teilhabe am Arbeitsleben auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt und nicht die Ablösung von staatlichen Unterstützungsleistungen.²²⁷²

²²⁶⁸ Regierungsrat des Kantons Basel-Stadt, Dokumentnr. 18.0839.01, Ratschlag und Bericht betreffend Kantonale Volksinitiative «Für eine kantonale Behindertengleichstellung» und Gegenvorschlag für ein Gesetz über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (Behindertenrechtegesetz, BRG), S. 46.

²²⁶⁹ Siehe auch: WIZENT, Sozialhilferecht, N 968 ff. zur generellen Bedeutung der BRK für die Sozialhilfe.

²²⁷⁰ Gesundheits- und Sozialkommission des Grossen Rats des Kantons Basel-Stadt, Dokumentnr. 18.0839.02, Bericht der Gesundheits- und Sozialkommission, S. 9 f.

²²⁷¹ Einfügen von § 13 Abs. 4^{bis} ins SHG/BS; Beschluss des Grossen Rats des Kantons Basel-Stadt 19/38/18.2G v. 18.09.2019.

²²⁷² Siehe zum Ganzen: SCHAUFELBERGER DANIEL, Supported Employment. Arbeitsintegration für Personen mit erschwertem Zugang zum Arbeitsmarkt, Luzern 2013; inklusive des darin enthaltenen Beitrags von MÖSCH PAYOT PETER, Arbeitsrechtliche Fragen rund um Supported Employment, S. 115–132; PÄRLI KURT/LICHTENAUER ANNETTE/

VI. Zwischenfazit und Beurteilung der Praxis

- 949 Die BRK geht von einem umfassenden Begriff der Behinderung aus, der sich nicht an individuellen Defiziten, sondern an gesellschaftlichen Barrieren orientiert. Gerade dieser Ausgangspunkt verknüpft mit der Idee, dass auch Arbeitgeber_innen angemessene Vorkehrungen zu treffen haben, eröffnet neue Perspektiven auf die Frage, wer für eine (nicht) gelungene Arbeitsintegration verantwortlich ist und wen die Pflicht zur zumutbaren Anpassung treffen kann. Es wird hier also die staatliche Pflicht verdeutlicht, Beschäftigungsmöglichkeiten zu menschenwürdigen Bedingungen für gesundheitlich beeinträchtigte Personen zu schaffen. Wird ausnahmsweise in einer «Sonderarbeitswelt» gearbeitet, so hat dies zu *Bedingungen* zu geschehen, *die so nah wie möglich an denjenigen des ersten Arbeitsmarkts sind*. Würdige Beschäftigung heisst in diesem Kontext auch, dass auf die *Stärken, Bedürfnisse, Fähigkeiten und Neigungen* Rücksicht genommen wird. Alle Massnahmen haben dabei auf der *Freiwilligkeit* zu beruhen.
- 950 Diese Vorgaben der BRK werden bei der Auslegung der Zumutbarkeit einer Arbeit in sozialhilferechtlichen Beschäftigungsprogrammen für gesundheitlich beeinträchtigte Personen nicht respektiert. Weder Gesetz noch Rechtsprechung gehen von der Freiwilligkeit aus – Fähigkeiten und Neigungen werden bei gesundheitlichen Beeinträchtigungen genauso wenig mitberücksichtigt wie bei Personen, die keine gesundheitlichen Beeinträchtigungen haben. Dasselbe gilt für die Stärken und Bedürfnisse von gesundheitlich beeinträchtigten Personen. Gerade die Rechtsprechung offenbart, dass ein defizitorientiertes Bild von Personen mit gesundheitlichen Einschränkungen besteht und selbst von Personen mit nachgewiesenen gesundheitlichen Einschränkungen Integrationsbemühungen gefordert werden (siehe v.a. N 404 ff.).
- 951 Das schweizerische Verfassungsrecht verpflichtet zwar Bund, Kantone und Gemeinden, Diskriminierungen aufgrund von Behinderungen abzubauen. Jedoch ergeben sich weder aus dem BehiG noch dem IFEG oder anderen Normen auf Bundesebene spezifischere Vorgaben für die Arbeit und Arbeitsintegration von

CAPLAZI ALEXANDRA, Literaturanalyse Integration in die Arbeitswelt durch Gleichstellung, im Auftrag des Eidgenössischen Büros für die Gleichstellung von Menschen mit Behinderung (EBGB), <https://www.edi.admin.ch/dam/edi/de/dokumente/gleichstellung/bericht/studie_integrationindiearbeitsweltdurchgleichstellung.pdf>, besucht am 30.04.2021, N 2.48 ff.; Kritik an der fehlenden Umsetzung: INCLUSION HANDICAP, S. 122 in Bezug auf Assistenz am Arbeitsplatz.

Menschen mit Behinderungen, die keinen Anspruch auf Leistungen der IV haben. Die Umsetzung der BRK obliegt in diesem Bereich also den Kantonen, wobei dies *bisher noch kaum Auswirkungen auf die kantonalen Sozialhilfegesetze* zeigt.

Meines Erachtens ist insgesamt unsicher, ob es aufgrund der föderalen Kompe- 952
tenzverteilung einem Kanton überhaupt gelingen kann, die Vorgaben der BRK im Bereich der Arbeitsintegration für Sozialhilfeempfänger_innen befriedigend umzusetzen. Denn die Gesetzgebung im Bereich des Arbeitsrechts (als Teil des Zivilrechts gem. Art. 122 BV) ist Bundessache. Somit fehlt es den Kantonen an Möglichkeiten, etwa für einen besseren Diskriminierungsschutz von Personen mit Behinderungen im privaten Arbeitsverhältnis zu sorgen und somit auf einen *inklusive Arbeitsmarkt* hinarbeiten.²²⁷³ Dass bezüglich des Diskriminierungsschutzes Handlungsbedarf besteht, wurde zwar vom Bundesrat erkannt und es werden entsprechende Möglichkeiten zur Verbesserung geprüft.²²⁷⁴ Was jedoch fehlt und von Nichtregierungsorganisationen gefordert wird, ist ein Aktionsplan oder eine *Strategie zur umfassenden Umsetzung* der Verpflichtungen aus Art. 27 BRK.²²⁷⁵ Bezeichnenderweise erwähnt denn auch der Initialstaatenbericht der Schweiz die Programme der Sozialhilfe zur Reintegration von Menschen mit gesundheitlichen Beeinträchtigungen weder im Bereich von Art. 26 noch von Art. 27 BRK,²²⁷⁶ was ebenfalls auf die fehlende Gesamtsicht hindeutet.²²⁷⁷

Schliesslich zeigt sich, dass die Invalidenversicherung, die das Ziel verfolgt, «die 953
Invalidität mit geeigneten, einfachen und zweckmässigen Eingliederungsmassnahmen» zu verhindern, zu vermindern oder zu beheben,²²⁷⁸ im Lichte der von der BRK geforderten Bestrebungen zur Realisierung des Rechts auf Arbeit für

²²⁷³ Zu prüfen wäre etwa, inwiefern die Kantone auch in diesem Bereich zur Gesetzgebung ermächtigt sind, solange sie sozialpolitische und nicht wirtschaftspolitische Ziele verfolgen, siehe hierzu die Auseinandersetzung um die Einführung von kantonalen Mindestlöhnen bei N 872 f.

²²⁷⁴ BRK-Ausschuss, Initial report submitted by Switzerland under article 35 of the Convention, due in 2016, 10.12.2018, CRPD/C/CHE/1, § 171.

²²⁷⁵ INCLUSION HANDICAP, S. 119.

²²⁷⁶ Vgl. BRK-Ausschuss, Staatenbericht Schweiz, 2016, § 156–174.

²²⁷⁷ Siehe zu den positiven Verpflichtungen, die sich für die Kantone aus internationalen Menschenrechtsverträgen ergeben können, insbesondere BGE 137 I 305 und dazu etwa: NAGUIB, insbes. S. 919 zur BRK; SCHMID; WYTENBACH JUDITH, Umsetzung von Menschenrechtsübereinkommen in Bundesstaaten. Gleichzeitig ein Beitrag zur grundrechtlichen Ordnung im Föderalismus, Zürich/St. Gallen 2017; sowie oben: N 508.

²²⁷⁸ Art. 1a lit. a IVG.

gesundheitlich beeinträchtigte Personen gesehen werden muss.²²⁷⁹ Wie der Fall *Liliane Gröninger ./.* *Deutschland* gezeigt hat, sind auch diese Massnahmen BRK-konform auszugestalten. Es drängt sich daher auf, in Kapitel 15 zu prüfen, ob dies im IVG geschehen ist und sich daher die im IVG vorgesehenen Massnahmen und Zumutbarkeitsschranken zur Übertragung auf sozialhilferechtliche Beschäftigungsverhältnisse eignen.

²²⁷⁹ Ähnlich: Eidgenössisches Büro für die Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen EBGB, Arbeit und Gleichstellung für Menschen mit Behinderung, Überblick über die rechtlichen Grundlagen, <<https://www.edi.admin.ch/edi/de/home/fachstellen/ebgb/themen-der-gleichstellung/arbeit/gesetzliche-grundlagen.html>> besucht am 30.04.2021, S. 9.

Kapitel 13 Weitere Menschen- und Grundrechte

I. Einleitung

Bisher wurden Grund- und Menschenrechte sowie weitere internationale Quellen 954 betrachtet, die sich explizit mit den Themen Arbeit und soziale Sicherheit beschäftigen. Diese verdichten sich bei einer umfassenden Betrachtung zu Schranken für die Zumutbarkeit einer Arbeitsleistung von Sozialhilfeempfänger_innen in sozialhilferechtlichen Beschäftigungsprogrammen. Entsprechend umfassend wurden sie behandelt.

Nachfolgend wird auf weitere grundrechtliche Schutzbereiche hingewiesen, die 955 bei der Verpflichtung, in einem Beschäftigungsprogramm Arbeit zu leisten, tangiert werden können. Der Schwerpunkt wird auf die Grund- und Menschenrechte gesetzt, die in der Rechtsprechung des Bundesgerichts oder kantonaler Gerichte von Beschwerdeführer_innen angerufen wurden, und Fälle, die offensichtlich eine Verbindung zu einem bestimmten Grundrecht aufweisen.

Das Recht auf persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) wird dabei umfassender 956 als die anderen Grundrechte und an erster Stelle behandelt (II). Dies, weil Art. 10 Abs. 2 BV in diesem Kontext häufiger angerufen wird und sich hier Abgrenzungsfragen zur in Kapitel 10 ausführlicher behandelten Berufswahlfreiheit ergeben. Zusätzlich sind die Bundesgerichtsentscheide zu kantonal vorgesehenen Bettelverboten zu betrachten, denn diese äussern sich zu den Grenzen der Selbstverantwortung. In Bezug auf die weiteren Grundrechte werden die praktischen Anwendungsfälle (kritisch) eingeordnet. Betrachtet werden das Recht auf Leben (III), die Glaubens- und Gewissensfreiheit (IV), die Meinungsäusserungsfreiheit (V), der Schutz der kulturellen Identität (VI) und die Kunstfreiheit (VII). Zum Schluss folgen einige Ausführungen zum Recht auf informationelle Selbstbestimmung im Dreiecksverhältnis zwischen dem Sozialdienst, der Sozialhilfeempfänger_in und dem Einsatzbetrieb (VIII) und schliesslich ein Zwischenfazit (IX).

II. **Recht auf persönliche Freiheit** **(Art. 10 Abs. 2 BV)**

A. **Allgemeines zur persönlichen Freiheit**

- 957 Art. 10 Abs. 2 BV hält fest, dass jeder Mensch das Recht auf persönliche Freiheit hat. Nebst den im Verfassungstext ausdrücklich genannten Schutzbereichen der psychischen und physischen Integrität sowie der Bewegungsfreiheit werden die Selbstbestimmung, die individuelle Lebensgestaltung und die elementaren Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung geschützt.²²⁸⁰ Damit schützt Art. 10 Abs. 2 BV einen Aspekt des Rechts auf Privatleben i.S.v. Art. 8 EMRK, der ein Recht auf Selbstbestimmung umfasst.²²⁸¹ Geschützt werden Alltagspraktiken, die eine Grundentscheidung für den Lebensplan darstellen und darum für die Persönlichkeit besondere Bedeutung erlangen.²²⁸² Dies alles kann als Konkretisierung der Menschenwürde gelten,²²⁸³ bzw. das Recht könnte ebenso gut aus der Menschenwürde abgeleitet werden.²²⁸⁴
- 958 Eine Besonderheit des Rechts auf persönliche Freiheit ist, dass der Schutzbereich und dessen Ausprägungen sowie die Grenze der Zulässigkeit von Eingriffen im Einzelfall zu konkretisieren sind. Dabei sind Art und Intensität der Beeinträchtigung sowie eine allfällige besondere Schutzwürdigkeit der Betroffenen zu berücksichtigen.²²⁸⁵ Eine derartige Berücksichtigung der persönlichen Verhältnisse erfolgt bei anderen Grundrechten üblicherweise erst im Rahmen der Prüfung der Zulässigkeit eines Eingriffes.²²⁸⁶ Das Schutzinteresse von Art. 10 Abs. 2 BV erklärt diese Abweichung, denn es soll gerade die individuelle Freiheit geschützt werden. Eine vorgängige Festschreibung, welches Verhalten diesen Schutz verdient, würde ausschliessend wirken. Art. 10 Abs. 2 BV könnte diesfalls seinen Zweck als sub-

²²⁸⁰ BGE 138 IV 13, E. 7.1.

²²⁸¹ BGE 133 I 58, E. 6.1; MEYER-LADEWIG/NETTESHEIM, N 7 zu Art. 8 EMRK; SCHWEIZER, St. Galler Kommentar, N 38 zu Art. 10 BV.

²²⁸² TSCHENTSCHER, BSK-BV, N 36 zu Art. 10 BV.

²²⁸³ SCHWEIZER, St. Galler Kommentar, N 38 zu Art. 10 BV; auch in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung finden sich häufig Bezüge zur Menschenwürde, siehe z.B. BGE 134 I 209, E. 2.3.1.

²²⁸⁴ BAUMANN F., S. 45.

²²⁸⁵ BGE 134 I 209, E. 2.3.1; BGE 133 I 58, E. 6.1; SCHALLER SCHENK, S. 275.

²²⁸⁶ SCHALLER SCHENK, S. 275.

sidiäres Auffanggrundrecht nicht erfüllen.²²⁸⁷ Dies ist auch im Zusammenhang mit der Menschenwürde und der Offenheit des Würdebegriffs zu sehen.²²⁸⁸

Ein Recht auf Arbeit²²⁸⁹ oder ein Recht auf Ausbildung²²⁹⁰ lassen sich nicht aus Art. 10 Abs. 2 BV ableiten. Ebenso wenig garantiert Art. 10 Abs. 2 BV eine allgemeine Handlungsfreiheit, da das Grundrecht – wie erwähnt – auf die elementaren Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung beschränkt ist.²²⁹¹ Somit gilt ein Bagatellvorbehalt.²²⁹² Nicht jeder (staatliche) Akt, der sich auf die persönliche Lebensgestaltung auswirkt, bewirkt einen Eingriff in den Schutzbereich von Art. 10 Abs. 2 BV.²²⁹³ Die individuelle Lebensgestaltung beinhaltet aber etwa die freie Entscheidung, einer Arbeit nachzugehen oder die Freizeit so zu gestalten, wie dies die Einzelnen für sich befürworten.²²⁹⁴

Durch die Verpflichtung, an einem Beschäftigungsprogramm teilzunehmen, kann die Freiheit, das eigene Leben nach den eigenen Vorstellungen zu gestalten, durchaus beeinträchtigt werden. Dies anerkennt sowohl die Lehre²²⁹⁵ als auch die Rechtsprechung des Bundesgerichts (siehe dazu gerade nachfolgend).²²⁹⁶ Nicht zu folgen ist hingegen RIEMER-KAFKA, die schreibt, wer sich auf die persönliche Freiheit (oder die Wirtschaftsfreiheit) berufe, um sich gegen einen Einsatz in einem Beschäftigungsprogramm zur Wehr zu setzen, widerspreche dem Gebot der Eigenverantwortung.²²⁹⁷ Diese Ansicht spricht den Sozialhilfeempfänger_innen das

²²⁸⁷ DUBEY, N 1381; TSCHENTSCHER, BSK-BV, N 4 zu Art. 10 BV.

²²⁸⁸ Siehe dazu N 652.

²²⁸⁹ Siehe dazu Kapitel 8, insbes. N 689.

²²⁹⁰ BGE 133 I 110, E. 5.2.1; auch bereits: BGE 100 Ia 189, E. 3, wo einem Absolventen der Universität ein Leumundszeugnis von den kantonalen Behörden verweigert wurde, welches der Beschwerdeführer für seine Immatrikulation an einer pädagogischen Hochschule benötigt hätte. Der Beschwerdeführer drang mit seiner Argumentation, dies verletze seine Freiheit, seine berufliche Karriere weiterzuverfolgen, als Teilaspekt der persönlichen Freiheit, nicht durch.

²²⁹¹ TSCHENTSCHER, BSK-BV, N 32 zu Art. 10 BV; SCHWEIZER, St. Galler Kommentar, N 38 zu Art. 10 BV.

²²⁹² TSCHENTSCHER, BSK-BV, N 33 zu Art. 10 BV.

²²⁹³ BGE 133 I 110, E. 5.2; Urteil BGer 8C_930/2015 v. 15.04.2016, E. 6.3.

²²⁹⁴ SCHWEIZER, St. Galler Kommentar, N 40 zu Art. 10 BV; BAUMANN F., S. 47 f.

²²⁹⁵ VOGEL, S. 86; HOBI, N 30; URSPRUNG/RIEDI HUNOLD, S. 418; AKKAYA, S. 76; PÄRLI, Aspekte, S. 50; HÄNZLI, S. 72.

²²⁹⁶ Vgl. BGE 139 I 218, E. 4.3; in Urteil BGer 2P.147/2002 v. 04.03.2003, E. 3.5.2, wurde eine entsprechende Rüge hingegen noch als abwegig bezeichnet.

²²⁹⁷ RIEMER-KAFKA, Hilfe in Notlagen, S. 150.

Grundrecht auf persönliche Freiheit an sich ab, was sich in keiner Weise mit der grundrechtlichen Ordnung vereinbaren lässt. Insbesondere ergibt sich auch aus dem Appell an die Eigenverantwortung gem. Art. 6 BV nicht, dass Sozialhilfeempfänger_innen auf ihre Freiheitsrechte zu verzichten hätten.²²⁹⁸

- 961 Mit dem faktischen Zwang, an einem Beschäftigungsprogramm teilzunehmen, wird insbesondere die Freiheit, eine gewisse Tätigkeit und Arbeit nicht auszuüben, beeinträchtigt und somit die Freiheit, in einem wesentlichen Bereich des Daseins Möglichkeiten zur persönlichen Gestaltung und Entfaltung zu geniessen. Obwohl es sich bei Art. 10 Abs. 2 BV nicht um eine allgemeine Handlungsfreiheit handelt, zieht das Bundesgericht in Betracht, die Freiheit, nackt zu wandern, dem grundrechtlichen Schutz zu unterstellen. Auf jeden Fall beinhaltet das Recht auf individuelle Lebensgestaltung die Freiheit der Auswahl der Bekleidung nach den Gesichtspunkten der Ästhetik und der Praktikabilität.²²⁹⁹ Es wäre nur schwer einzusehen, wenn die Pflicht, an einem Beschäftigungsprogramm teilzunehmen, nicht einen mindestens so relevanten Aspekt der Lebensgestaltung betreffen sollte wie die Auswahl der Kleidung. Dies hat umso mehr in einer Gesellschaft zu gelten, die der Frage, wie der Lebensunterhalt bestritten wird, derart hohes Gewicht beimisst.
- 962 Die persönliche Freiheit veranschaulicht das grundrechtliche Spannungsfeld, in welchem sich die aktivierende Sozialhilfe bewegt: So wird durch die Leistungen der Sozialhilfe, welche mitunter auf einem Konzept des sozialen Existenzminimums beruhen und somit mehr als nur das Überleben sichern, überhaupt erst ein Leben mit einem gewissen Mass an individueller Selbstbestimmung ermöglicht (objektiv-rechtliche Dimension des Rechts auf persönliche Freiheit).²³⁰⁰ Durch die Pflicht, an einem Beschäftigungsprogramm teilzunehmen oder eine zumutbare Arbeit aufzunehmen, wird wieder in diese herzustellende Autonomie eingegriffen.²³⁰¹

²²⁹⁸ Siehe dazu N 595.

²²⁹⁹ BGE 138 IV 13, E. 7.2; die eigentliche Frage des Nacktwanderns lässt das BGer offen, da sich die Einschränkung im zu beurteilenden Fall als verhältnismässig erwies; siehe ausführlich zu den geschützten Aspekten: BAUMANN F., S. 47 ff.

²³⁰⁰ HÄNZI, S. 71.

²³⁰¹ Ähnlich auch: HÄNZI, S. 72.

B. Anwendungsfälle

Wie erwähnt anerkennt das Bundesgericht grundsätzlich, dass eine Verpflichtung zur Teilnahme an einem Beschäftigungsprogramm einen Eingriff in das durch Art. 10 Abs. 2 BV garantierte Recht auf persönliche Freiheit darstellt.²³⁰² Auch das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich geht davon aus, eine Anordnung an einem Beschäftigungsprogramm teilzunehmen, stelle eine Einschränkung der durch Art. 10 Abs. 2 BV garantierten persönlichen Freiheit dar.²³⁰³ 963

Bisher wurde, soweit ersichtlich, die Verpflichtung, an einem Beschäftigungsprogramm teilzunehmen, noch nie als Verletzung des Rechts auf persönliche Freiheit beurteilt. Die höchstrichterliche Rechtsprechung geht, wie in N 396 erläutert, davon aus, dass es sich bei der Verpflichtung zur Teilnahme an einem zweimonatigen Testarbeitsplatz um einen «relativ leichten» Eingriff in die persönliche Freiheit handle, der Art. 10 Abs. 2 BV nicht verletze. Der Eingriff sei nicht unverhältnismässig, denn es sei keine mildere Massnahme zur Abklärung der beruflichen Situation des Beschwerdeführers ersichtlich.²³⁰⁴ Insgesamt rechtfertige sich der Eingriff in Anwendung von Art. 36 BV. Die Arbeit wurde in Anwendung von Art. 8g SHV/BE (gesundheitliche Gründe und Betreuungsaufgaben) als zumutbar beurteilt und somit war die Verpflichtung rechtmässig. Das Bundesgericht beurteilte die Einstellung sämtlicher staatlicher Unterstützung für die Dauer des möglichen Einsatzes am Testarbeitsplatz als zulässig und sah darin keinen Verstoß gegen Art. 12 BV.²³⁰⁵ 964

Im Urteil BGer 2P.147/2002 v. 04.03.2003 hielt das Bundesgericht hingegen fest, es sei abwegig und grenze an Mutwilligkeit, wenn sich der Beschwerdeführer auf sein Recht auf persönliche Freiheit berufe, da er selber erklärt habe, er könnte, wenn er wolle, jederzeit eine Arbeit finden. Er wolle aber lieber bis zur Pensionierung Sozialhilfe beziehen und so den Staat für seine verfehlte Ausländerpolitik bestrafen.²³⁰⁶ Dieses Urteil wird in N 1002 unter dem Aspekt der freien Meinungsäußerung eingeordnet.

Das Verwaltungsgericht Zürich hat insbesondere in einem Urteil genauer geprüft, ob es sich bei der Verpflichtung zur Teilnahme an der vierwöchigen Basisbeschäftigung um eine Verletzung von Art. 10 Abs. 2 BV handle. Es argumentierte mit 965

²³⁰² BGE 139 I 218, E. 4.3.

²³⁰³ VerwG ZH, Urteil VB.2018.00230 v. 14.08.2018, E. 3.1; Urteil VB.2015.00099 v. 26.03.2015, E. 1.2; Urteil VB.2014.00423 v. 08.11.2014, E. 1.2.

²³⁰⁴ BGE 139 I 218, E. 4.3.

²³⁰⁵ BGE 139 I 218, E. 5.5.

²³⁰⁶ Urteil BGer 2P.147/2002 v. 04.03.2003, E. 3.5.1.

Verweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung, eine Teilnahme an einem Beschäftigungsprogramm sei grundsätzlich eine zumutbare Massnahme.²³⁰⁷ In den anderen erwähnten Urteilen wurde der Fakt, dass eine Pflicht zur Teilnahme am Programm in die persönliche Freiheit eingreifen kann, jeweils nur zur Begründung des schutzwürdigen Interesses zur Anfechtung einer Zwischenverfügung herangezogen.²³⁰⁸ Eine Verletzung von Art. 10 Abs. 2 BV wurde nie festgestellt.

C. Einordnung

1. Rechtsprechung

- 966 Grundsätzlich ist dem Bundesgericht darin zuzustimmen, dass die Zwangswirkung, die durch eine Verpflichtung zur Programmteilnahme entsteht, einen Eingriff in den Schutzbereich von Art. 10 Abs. 2 BV bewirken kann. Ob der Eingriff gem. Art. 36 BV zu rechtfertigen ist, erfordert aber eine eingehendere Begründung als diejenige des Bundesgerichts.
- 967 Wird davon ausgegangen, dass eine genügende gesetzliche Grundlage vorhanden ist, ist im nächsten Schritt das öffentliche Interesse einer Programmteilnahme zu prüfen. Die Gerichte – auch das Bundesgericht – begnügen sich diesbezüglich damit, auf die erfahrungsgemäss positive Wirkung der Programme zu verweisen. Das Bundesgericht bezeichnete dies in BGE 130 I 71 als «gerichtsnotorisch», ohne sich dabei auf Studien stützen zu können. Die voranstehende Analyse hat klar ergeben, dass hier eine vertiefte Abklärung notwendig ist und je nach Programmtyp zu unterscheiden ist. Dass sich kantonale Gerichte heute nach wie vor auf diese Einschätzung des Bundesgerichts stützen und von einer konkreten Prüfung im Einzelfall absehen, ist problematisch (siehe auch bereits N 423 ff.).
- 968 Zudem ist es unerlässlich, im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung zu untersuchen, mit welchen negativen Sanktionen die Nichtteilnahme am Programm verknüpft ist. In BGE 139 I 218 führte die Nichtteilnahme am Testarbeitsplatz zum Verlust der Anspruchsberechtigung zum Bezug von Nothilfe und von Sozialhilfe für zwei Monate. Dieser Umstand lässt die Einschätzung des Bundesgerichts, es handle sich um einen «relativ leichten» Eingriff in die persönliche Freiheit, als

²³⁰⁷ VerwG ZH, Urteil VB.2014.00423 v. 18.11.2014, E. 3.5 ff.

²³⁰⁸ VerwG ZH, Urteil VB.2018.00230 v. 14.08.2018, E. 3.1; Urteil VB.2015.00099 v. 26.03.2015, E. 1.2; diese Möglichkeit besteht nun nicht mehr, vgl. BGE 146 I 62 sowie § 21 Abs. 2 SHG/ZH (in Kraft seit 01.04.2020).

fraglich erscheinen. Es kommt hier zum in N 543 beschriebenen Konflikt: Der Staat versteckt sich hinter der Fiktion, er sei passiv – respektive er komme seiner *obligation to respect* nach, in dem nur ein leichter, zu rechtfertigender Eingriff erfolge. Dabei geht allerdings vergessen, dass der Status quo – das Gewähren von Sozial- und Nothilfe – das Resultat einer Verwirklichung von positiven menschenrechtlichen Verpflichtungen ist. Werden die Folgen für die in Umsetzung der Gewährleistungspflichten gewährten Rechte mitberücksichtigt, scheint der Eingriff nicht mehr leicht, sondern schwer zu sein. Insbesondere wenn als Konsequenz der Nichtteilnahme am Programm der Ausschluss aus dem Schutzbereich von Art. 12 BV droht, besteht nur die Wahl zwischen der Einschränkung der persönlichen Freiheit und der Bettelexistenz. Wie ausführlich dargelegt (N 614 ff.), verbietet die Menschenwürde – welche als Kerngehalt von Art. 10 Abs. 2 BV anzusehen ist²³⁰⁹ – eine solche Verknüpfung. Dieselbe Einschätzung hat für das Recht auf persönliche Freiheit zu gelten. So ist niemandem zuzumuten, seine persönliche Freiheit gegen das Recht auf ein menschenwürdiges Dasein abwägen zu müssen.

Im Fall, den das Zürcher Verwaltungsgericht zu beurteilen hatte, stand der Pflicht zur Teilnahme am Beschäftigungsprogramm eine Kürzung des GBL um 15 % während zwölf Monaten gegenüber.²³¹⁰ Bei einem GBL von CHF 986 pro Monat²³¹¹ ergibt dies eine monatliche Kürzung um CHF 147.90; insgesamt also CHF 1'774.80 bei einer Kürzung während zwölf Monaten. Auch hier stellt sich die Frage, ob in Anbetracht des tiefen Leistungsniveaus von einem leichten und verhältnismässigen Eingriff in die persönliche Freiheit gesprochen werden kann. Zumindest müsste dieser Eingriff unter Anführung eines öffentlichen Interesses gerechtfertigt werden. Zusätzlich ist zu prüfen, ob Sanktionen im Sozialhilferecht überhaupt zur Erreichung des Integrationsziels beitragen. Dazu wären empirische Studien zur Wirkung der Sanktionen notwendig, welche bisher weitgehend fehlen.²³¹² 969

Der Prüfung der Zumutbarkeit der Arbeit ist schliesslich i.S. der Verhältnismässigkeitsprüfung i.e.S. besonderes Gewicht beizumessen. Dabei ergeben sich aus den oben umfassend dargestellten Grund- und Menschenrechten diejenigen Aspekte, die bei einer Abwägung der Interessen i.S. der Verhältnismässigkeitsprüfung nach Art. 36 Abs. 3 BV zu berücksichtigen sind (siehe nachfolgende Zusammenfassung 970

²³⁰⁹ Siehe grundlegend SCHEFER, insbes. zusammenfassend S. 141 ff.

²³¹⁰ VerwG ZH, Urteil VB.2014.00423 v. 18.11.2014, Sachverhalt I.B.

²³¹¹ Gem. den bis zum 01.01.2020 gültigen SKOS-RL.

²³¹² In diesem Sinne hat auch das deutsche Bundesverfassungsgericht geurteilt in Bezug auf die Sanktionen für Hartz-IV-Empfänger_innen; siehe: Bundesverfassungsgericht, Urteil 1 BvL7/16 v. 05.11.2019, § 132 ff., insbes. § 159 und § 164.

N 1051 ff.). Es reicht dabei nicht, dass die Person «objektiv in der Lage wäre», am Beschäftigungsprogramm teilzunehmen, um die Zumutbarkeit zu bejahen. Nur unter diesen strengen Voraussetzungen ist eine Einschränkung der persönlichen Freiheit und somit ein verminderter Grundrechtsgenuss zumutbar.

2. Abgrenzung zur Berufsfreiheit

- 971 Es stellt sich die Frage, ob das Recht auf persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) oder das Recht auf freie Berufswahl (Kapitel 10) adäquater ist, um die Verpflichtung, an einem Beschäftigungsprogramm teilzunehmen, zu beurteilen. Wie dargestellt, garantiert das Recht auf persönliche Freiheit jeder Person die freie Lebensgestaltung, ohne dabei eine allgemeine Handlungsfreiheit zu beinhalten. Die Freiheit der Berufswahl gem. Art. 27 Abs. 2 BV ist dahingegen dann einschlägig, wenn wirtschaftliche Aspekte der Lebensgestaltung betroffen sind.²³¹³
- 972 Nach hier vertretener Ansicht ist die mittelbare Einschränkung in der Lebensführung, die durch die Verpflichtung, an einem Beschäftigungsprogramm teilzunehmen, entsteht, v.a. der wirtschaftlichen Sphäre zuzurechnen (siehe bereits N 800 ff.). Daher ist die Berufsfreiheit das geeignetere Grundrecht, um den Eingriff zu beurteilen.²³¹⁴ Insbesondere da die Wirtschaftsfreiheit und ihr Teilgehalt der Berufsausübungsfreiheit auch das Recht, von einer Freiheit keinen Gebrauch zu machen, umfassen.²³¹⁵

3. Bettelverbot

- 973 Das Bundesgericht entschied in BGE 134 I 214 und mit Urteil BGer 1C_443/2017 v. 29.08.2018, dass die persönliche Freiheit durch kantonale Gesetze, die das Betteln unter Strafe stellen, eingeschränkt wird. Dieser Eingriff sei, so das Bundesgericht, gem. Art. 36 BV gerechtfertigt.²³¹⁶ Diese Entscheide sind für den vorliegenden Kontext aufgrund ihrer Aussagen zu den Grenzen zwischen der zu erwartenden Eigenverantwortung und der gesellschaftlichen Solidarität spannend.

²³¹³ MOECKLI, Bettelverbote, S. 545.

²³¹⁴ So auch: BAUMANN F., S. 47 f.; HÄNZI weist sowohl unter dem Recht auf persönliche Freiheit (S. 72) als auch der Wirtschaftsfreiheit (S. 76 f.) auf die Problematik hin.

²³¹⁵ So auch: BAUMANN F., S. 47 f.

²³¹⁶ BGE 134 I 214, E. 5.8; BGer 1C_443/2017 v. 29.08.2018, E. 4.5.

Dazu ist genauer zu betrachten, wie das Bundesgericht den Eingriff gerechtfertigt hat. Als legitimes öffentliches Interesse werden der Schutz der öffentlichen Ordnung, der Kampf gegen die mit dem Menschenhandel verbundene Ausbeutung und insbesondere der Schutz der Passant_innen herangezogen.²³¹⁷ Das Betteln – vor allem das hartnäckige – könne bei den Passant_innen zu mitunter heftigen Reaktionen wie Ablehnung, Gereiztheit, Missfallen und Aggressivität führen.²³¹⁸ So soll der Schutz der Passant_innen und somit der öffentlichen Ordnung dadurch hergestellt werden, dass keine Konfrontation mit Personen, die bedürftig sind, stattfindet.²³¹⁹ Jedoch ist der öffentliche Raum u.a. dadurch definiert, dass er allen Mitgliedern der Gesellschaft offensteht. Die Allgemeinheit muss die Zumutung akzeptieren, im öffentlichen Raum mit anderem, allenfalls von der (eigenen) sozialen Norm abweichendem menschlichem Verhalten konfrontiert zu werden.²³²⁰ Dies lässt es bereits als zweifelhaft erscheinen, ob überhaupt ein genügendes öffentliches Interesse zum Erlass des Bettelverbotes vorhanden ist.²³²¹

Die Verhältnismässigkeit im engeren Sinne – die Zumutbarkeit des Verbots – wurde bejaht, da Personen, die sich in der Schweiz aufhielten und in einer Notlage seien, Nothilfe nach Art. 12 BV und allenfalls weitergehende Sozialhilfe zustünden. Das Betteln sei nicht notwendig, um sich die Mittel für ein menschenwürdiges Leben zu beschaffen. Das Bettelverbot entziehe daher nicht jegliche Existenzgrundlagen, sondern lediglich ein zusätzliches Einkommen.²³²² Art. 12 BV habe zum Ziel, eine Bettelexistenz zu verhindern, weshalb nicht ersichtlich sei, wieso ein Verbot des Bettelns das Recht, in Notlagen Hilfe zu erhalten, berühren würde.²³²³ Ähnlich argumentiert BAUMANN, der das Recht, zu betteln, für unnötig hält, da es hinter Art. 12 BV zurücktreten würde, und gar verneint, dass das Betteln unter den Schutz von Art. 10 Abs. 2 BV fällt. Betteln, anstatt auf andere Weise

²³¹⁷ BGE 134 I 214, E. 5.6; Urteil BGer 1C_443/2017 v. 28.09.2018, E. 4.3.2.

²³¹⁸ BGE 134 I 214, E. 5.6; zur Kritik an dieser Begründung siehe auch MOECKLI, Bettelverbote, S. 560.

²³¹⁹ Ähnlich auch: Le Temps, Mendicité, Le Choix d'interdire les pauvres, Online-Meldung vom 18.11.2016, <<https://www.letemps.ch/opinions/mendicite-choix-dinterdire-pauvres>>, besucht am 30.04.2021.

²³²⁰ SUTER, N 522.

²³²¹ SUTER, N 523.

²³²² BGE 134 I 214, E. 5.7.3.

²³²³ Urteil BGer 1C_443/2017 v. 29.08.2018, E. 4.4.3.

seinen Lebensunterhalt zu verdienen, trage nichts zur Entwicklung dessen bei, was in einer Person angelegt sei.²³²⁴

- 976 Überzeugender scheint es, zu bemerken, dass die staatlichen Hilfeleistungen nach Art. 12 BV nicht in jeder Notsituation in Anspruch genommen werden, eine Person die Anspruchsberechtigung verlieren kann und die Hilfeleistungen nicht ausreichen können, um eine Notlage zu bewältigen. Der schwerwiegende Eingriff in die Persönlichkeitsentfaltung kann daher nicht alleine mit einem Verweis auf das Existenzsicherungsrecht gerechtfertigt werden. Vor allem hat das Bundesgericht mit seiner Subsumtion des Bettelns unter das Recht auf persönliche Freiheit nicht das Erzielen eines wirtschaftlichen Erfolgs als den grundrechtlich geschützten Aspekt des Bettelns qualifiziert. Vielmehr ist das Betteln ein elementarer Aspekt der Persönlichkeitsentfaltung und grundrechtlichen Schutz genießt somit das Recht, mit anderen Menschen in Kontakt zu treten.²³²⁵
- 977 Aus der Argumentation des Bundesgerichts ergibt sich, dass es einer Person zuzumuten ist, auf das Ausüben ihrer persönlichen Freiheit zum Erzielen eines (zusätzlichen) Einkommens²³²⁶ zu verzichten und stattdessen auf die Unterstützung der Nothilfe zurückzugreifen. Und dies selbst dann, wenn das Ausüben der persönlichen Freiheit dazu führen würde, dass die Person (zumindest teilweise) für sich selber sorgen könnte. Gewisse Formen der Eigenverantwortung werden also einer Person nicht zugemutet, im Falle des Bettelns gar verboten. Dies jedoch – wie gesehen – vor allem zum Schutz der öffentlichen Sicherheit in dem Sinne, dass Passant_innen nicht mit bedürftigen Personen konfrontiert werden.
- 978 Hier besteht offenbar eine Grenze der Eigenverantwortung und somit ein legitimierter Rückgriff auf die gesellschaftliche Solidarität. Damit dies funktioniert, ist notwendigerweise vorausgesetzt, dass die staatliche Unterstützung derart ausgestaltet ist, dass niemand gezwungen wird, sich in die «Unfreiheit» einer Bettelexistenz zu begeben. Vergleicht man diese Position des Bundesgerichtes mit der Pflicht zur Teilnahme an einem sozialhilferechtlichen Beschäftigungsprogramm, wird die lückenhafte Argumentation in Bezug auf Beschäftigungsprogramme ersichtlich: Wird die Teilnahme an einem Beschäftigungsprogramm unter Androhung des Verlusts der Anspruchsberechtigung zum Bezug von Nothilfe als leicht rechtfertigbarer Eingriff in die persönliche Freiheit eingestuft, bleibt der betroffe-

²³²⁴ BAUMANN F., S. 54 f.

²³²⁵ MOECKLI, Bettelverbote, S. 572; MÜLLER/SCHEFER, S. 140; SCHALLER SCHENK, S. 256.

²³²⁶ Urteil BGer 1C_443/2017 v. 29.08.2018, E. 4.4.2.

nen Person an sich nur die Bettelexistenz. Diese darf wiederum verboten werden. Welche Quelle zur Existenzsicherung dann noch bleibt, ist unklar.

Es sollte nicht generell jede Bettelexistenz als «menschenunwürdig» gelten und mit der Begründung der Unverzichtbarkeit der Menschenwürde verboten werden.²³²⁷ Dies ergibt sich wiederum aus der Offenheit des Begriffs der Menschenwürde, die es dem Staat versagt, ein bestimmtes Menschenbild aufzudrängen.²³²⁸ 979

Diese Fragen wurden im Januar 2021 durch den EGMR zumindest insofern geklärt, als im Urteil *Lacatus ./. Schweiz* das absolute Bettelverbot im Kanton Genf als eine unverhältnismässige Einschränkung des Rechts auf Privatleben gem. Art. 8 EMRK beurteilt wurde. Dabei wurde u.a. auch festgehalten: «*la dignité humaine est sérieusement compromise si la personne concernée ne dispose pas de moyens de subsistance suffisants (...). En mendiant, l'intéressé adopte un mode de vie particulier afin de surmonter une situation inhumaine et précaire.*»²³²⁹ Wie erste Kommentare richtig bemerken, kann das Verbot des Bettelns genauso die Menschenwürde verletzen wie der Umstand, aufgrund von Mittellosigkeit zum Betteln gezwungen zu sein.²³³⁰ 980

III. Recht auf Leben

A. Anwendungsfall

Im Urteil BGer 8C_451/2019 v. 19.08.2019 machte der Beschwerdeführer vor Bundesgericht geltend, sein Recht auf Leben gem. Art. 2 EMRK sei verletzt worden, indem die kantonalen Behörden seine Sozialhilfeleistungen um den im Beschäftigungsprogramm erwirtschaftbaren Betrag (im Umfang der Nothilfe) gekürzt hätten.²³³¹ Das Bundesgericht schloss, das Recht auf Hilfe in Notlagen sei 981

²³²⁷ Vgl. auch die «Tyrannei der Würde»: N 623.

²³²⁸ SCHALLER SCHENK, S. 255.

²³²⁹ EGMR v. 19.01.2021, Appl. No. 14065/15, *Lacatus ./. Schweiz*, § 56.

²³³⁰ HERI CORINA, Beg your Pardon!: Criminalisation of Poverty and the Human Right to Beg in Lâcâtus v. Switzerland, Blogpost vom 10.02.2021, online <<https://strasbourgobservers.com/2021/02/10/beg-your-pardon-criminalisation-of-poverty-and-the-human-right-to-beg-in-lacatus-v-switzerland/>>, besucht am 26.03.2021.

²³³¹ Urteil BGer 8C_451/2019 v. 19.08.2019, E. 3.2.

nicht verletzt worden, denn der Beschwerdeführer wäre mit einer Teilnahme am Programm objektiv in der Lage, die für das Überleben erforderlichen Mittel selbst zu verschaffen. Das Recht auf Leben gem. Art. 2 EMRK sei nicht verletzt.²³³²

B. Einordnung

982 Das oben beschriebene Beschwerdeverfahren weist einige Eigenheiten auf: Es scheint, als ob das kantonale Departement des Innern, welches als verwaltungsinterne Beschwerdeinstanz die Beschwerde beurteilte, das Verhältnis zwischen Not- und Sozialhilfe zumindest teilweise missverstanden hat. Der Entscheid, es sei Sozialhilfe auszurichten, aber eine teilweise Einstellung «im Betrag des erwirtschaftbaren Nothilfebetrages» sei zulässig, scheint widersprüchlich, was auch das kantonale Gericht bemerkt hat. Es hält fest: «Die Vorinstanz erwog, dass der Beschwerdeführer im Umfang der Nothilfe für sich selbst sorgen könne (Subsidiaritätsprinzip) und die finanziellen Unterstützungsleistungen im Rahmen dieser erzielbaren Einnahmen eingestellt werden könnten. Inwiefern sich unter Anwendung des Subsidiaritätsprinzips überhaupt ein Differenzbetrag ergeben kann, ist für das Gericht zwar nicht ohne Weiteres nachvollziehbar (...).»²³³³ Das kantonale Verwaltungsgericht gab so zum Ausdruck, dass es den Entscheid des Departements des Inneren für falsch hält und es zuungunsten des Beschwerdeführers sämtliche Unterstützungsleistungen eingestellt hätte, wäre diese Möglichkeit nicht aus prozessrechtlichen Gründen versagt gewesen. Es sei daher nur zu prüfen, ob die Ausrichtung der Nothilfe an die Teilnahme am Beschäftigungsprogramm geknüpft werden könne.

Nach hier vertretener Ansicht ist es zwar richtig, dass bei einer verweigerten Teilnahme an einem entlöhnten sozialhilferechtlichen Beschäftigungsprogramm weiterhin ein Anspruch auf staatliche Unterstützung besteht. Es ist jedoch nicht über das Subsidiaritätsprinzip als Anspruchsvoraussetzung zu argumentieren, sondern von der grundsätzlich gegebenen finanziellen Bedürftigkeit auszugehen und allenfalls eine Kürzung der Leistungen als Sanktion in Betracht zu ziehen. Da Art. 12 BV erst dann relevant wird, wenn die kantonalen Sozialhilfeleistungen ungenügend sind, hätte sich eine Argumentation über Art. 12 BV erübrigt.

²³³² Urteil BGer 8C_451/2019 v. 19.08.2019, E. 4.3.2.

²³³³ VerwG SG, Urteil B 2018/245 v. 28.05.2019, E. 3.

So ist die Schlussfolgerung des Bundesgerichts, es liege keine Verletzung des 983
 Rechts auf Leben gem. Art. 2 EMRK vor, grundsätzlich nicht zu beanstanden, da
 dem Beschwerdeführer offenbar (gekürzte) Sozialhilfeleistungen zur Verfügung
 standen und es ihm damit möglich sein sollte, den absoluten Existenzbedarf zu
 decken. Damit ist aber auch gesagt, dass ein Konflikt mit dem Recht auf Leben
 bei einer Verweigerung von staatlicher Unterstützung nicht per se ausgeschlossen
 ist. Bei der Anerkennung des ungeschriebenen Verfassungsrechts auf Existenz-
 sicherung stützte sich das Bundesgericht selber u.a. auf das Recht auf Leben als
 Kerngehalt der persönlichen Freiheit.²³³⁴ Auch die Rechtsprechung des EGMR
 hält fest, dass die Versagung staatlicher Leistungen eine Verletzung der positiven
 Verpflichtungen unter dem Recht auf Leben bedeuten könne.²³³⁵ Eine Rüge, dass,
 wenn sowohl die Not- als auch die Sozialhilfe versagt werden, das Recht auf Le-
 ben verletzt wird, wäre dementsprechend nicht abwegig. In diesem Fall war sie
 jedoch in falschem Zusammenhang vorgetragen.

IV. Glaubens- und Gewissensfreiheit

A. Anwendungsfälle

Ist die Teilnahme an einem sozialhilferechtlichen Beschäftigungsprogramm zu- 984
 mutbar, wenn bei der Stelle die Befolgung religiöser Verhaltensvorschriften nicht
 möglich ist? Diese Frage stellte sich etwa bei einer Muslimin, die ihr Praktikum
 bei einem Coiffeur abgebrochen hat, weil für sie das Risiko zu gross war, mit
 Männern in Kontakt zu kommen. Da sie vor dem Abbruch des Praktikums nicht
 selber abklärte, ob diese Gefahr bestehe, hielt das Gericht fest, sie habe in schwe-
 rer Weise gegen ihre Pflichten verstossen und die Durchführung von Integrations-
 massnahmen sei aufgrund ihres Verhaltens gescheitert. Entsprechend wurde eine
 Kürzung des Grundbedarfs um 15 % und die Streichung der Integrationszulage
 geschützt.²³³⁶

²³³⁴ BGE 121 I 367, E. 2b.

²³³⁵ Siehe dazu N 474 sowie N 662 ff.

²³³⁶ KG FR, Urteil 605 2014 31 / 32 v. 19.09.2014, E. 4.

- 985 Einer Somalierin wurden die Sozialhilfeleistungen um 15 % gekürzt, weil sie sich weigerte, für einen Einsatz in einem Beschäftigungsprogramm auf ihr religiöses Kopftuch zu verzichten resp. ein diskreteres Tuch zu tragen. Gegen den Kürzungsentscheid führte sie keine Beschwerde, reichte aber Strafanzeige gegen die Behörde u.a. wegen Amtsmissbrauch und Rassendiskriminierung ein. Der Untersuchungsrichter stellte die Untersuchung ein. Die Beschwerde gegen diese Einstellungsverfügung blieb sowohl vor dem Kantonsgericht Freiburg²³³⁷ als auch vor Bundesgericht²³³⁸ erfolglos.
- 986 Auf einen weiteren ähnlichen Fall – ebenfalls aus dem Kanton Freiburg – weist KURT hin: Eine Muslimin hat eine Stelle als Putzkraft in einer ausserschulischen Betreuungseinrichtung abgelehnt, weil sie dort ihr Kopftuch nicht hätte tragen dürfen. Das Sozialamt kürzte ihre Unterstützung um 15 %.²³³⁹ Der Dienstchef äusserte sich im Radio dahingehend, es sei nicht Aufgabe des Sozialamtes, das durch die Arbeitgeberin aufgestellte Kopftuchverbot zu bewerten. Die Religion sei kein Grund, eine Arbeit abzulehnen, nur die Gesundheit und die Betreuung der eigenen Kinder könnten dies rechtfertigen.²³⁴⁰
- 987 In der Praxis können sich weitere Probleme ergeben, etwa wenn ein Einsatzbetrieb nicht bereit ist, einer Person muslimischen Glaubens fünf Mal täglich eine Gebetspause zu gewähren. Dies kann einem Einsatz im ansonsten den Fähigkeiten und gar den Wünschen angepassten Programm entgegenstehen. Diese ablehnende Haltung der Einsatzbetriebe wird nicht grundsätzlich hinterfragt. Die Sozialarbeiter_innen prüfen anschliessend, ob die Befolgung der religiösen Vorschriften der betroffenen Person wirklich wichtig ist oder ob diese sich den Anforderungen des Einsatzbetriebs anpassen könnte.²³⁴¹

²³³⁷ KG FR, Urteil 502 2009 318 v. 07.01.2010.

²³³⁸ Urteil BGer 6B_211/2010 v. 16.03.2010; siehe auch: KURT, S. 197, Fn. 1173.

²³³⁹ KURT, S. 198.

²³⁴⁰ SRF, Stadt Freiburg kürzt Sozialhilfe – wegen Kopftuch, Meldung vom 06.01.2015, <<http://www.srf.ch/news/regional/bern-freiburg-wallis/stadt-freiburg-kuerzt-sozialhilfe-wegen-kopftuch>>, besucht am 30.04.2021.

²³⁴¹ Interview S7: «Oder wenn ein Betrieb sagt, sie wollten nicht jemand mit Kopftuch, dann ist das natürlich auch klar.»

B. Einordnung

Die Frage, ob und in welchem Ausmass die Religionsfreiheit in einem Arbeits- 988
verhältnis im ersten Arbeitsmarkt geschützt wird, ist Gegenstand laufender Aus-
einandersetzungen in Lehre, Rechtsprechung und Rechtsetzung.²³⁴² Es stellt sich
etwa die Frage, ob einer Arbeitnehmer_in ein freier Tag zu gewähren ist, damit
sie eine religiöse Feier besuchen kann, oder ob das Tragen religiöser Symbole am
Arbeitsplatz verboten werden darf. Der Grat zwischen verlangter kultureller und
religiöser Assimilation einerseits und Integration und Toleranz andererseits ver-
läuft schmal.²³⁴³

Nicht gefolgt werden kann der Ansicht, dass es nicht Sache der Sozialhilfe sei, die 989
Arbeitsbedingungen resp. die Verbote von religiösen Symbolen – was in der Schweiz
fast ausschliesslich in Bezug auf das muslimische Kopftuch diskutiert wird²³⁴⁴ –
oder die mangelnde Bereitschaft, Zeit für das Gebet einzuräumen, bei Einsatzbe-
trieben oder vermittelten Stellen im ersten Arbeitsmarkt zu prüfen. Damit wird eine
verkürzte Sicht der Grundrechte zum Ausdruck gebracht. In einem Arbeitsverhält-
nis nach den Regeln des OR ist ein Verbot des Kopftuches nämlich grundsätzlich
nur aus Sicherheits- oder Hygienegründen zulässig.²³⁴⁵ Bei der Arbeit als Putzkraft
sprechen hygienische Gründe sogar eher dafür, dass eine Kopfbedeckung getragen
wird. Zeit für das Gebet ist einzuräumen, sofern nicht betriebliche Gründe dagegen
sprechen.²³⁴⁶ Diese Grundsätze sind Ausdruck der Drittwirkung der Grundrechte
(Art. 35 Abs. 3 BV) sowie der staatlichen Pflicht, in der gesamten Rechtsordnung
für die Verwirklichung der Grundrechte zu sorgen (Art. 35 Abs. 1 BV), und das
Resultat sorgfältiger Abwägungsprozesse zwischen der Vertragsfreiheit der Arbeit-
geber_in und der arbeitsrechtlichen Fürsorgepflicht (Art. 328 OR). Sanktioniert nun

²³⁴² Siehe z.B. unlängst: SIMIC DEJAN, Religionsfreiheit im Arbeits- und Sozialversiche-
rungsrecht. Das Kopftuchverbot in den Schranken der nationalen und internationalen
Rechtsordnung, Zürich/Basel/Genf 2019; WÄLTJ CARLA SOPHIA, Verbot zum Tragen
von Kopftuch oder Piercing durch den Arbeitgeber, Zürich 2018; STÖCKLI ANDREAS/
KUEHLER ANNE/HAFNER FELIX/PÄRLI KURT (Hrsg.), Recht, Religion und Arbeitswelt,
Zürich/Basel/Genf 2020.

²³⁴³ KURT, S. 197; ähnlich auch: GLOOR, S. 2.

²³⁴⁴ Dahingegen in Bezug auf ein christliches Kreuz: EGMR, *Eweida u.a. ./ Vereinigtes
Königreich*.

²³⁴⁵ Ausführlich: GLOOR; RIEMER-KAFKA/SHERIFOSKA, S. 316; PÄRLI, Religion, S. 90.

²³⁴⁶ PÄRLI, Religion, S. 90; wobei die Gebetspausen nicht zwingend bezahlt sind; ein be-
trieblicher Grund wäre etwa Fließbandarbeit, die es nicht duldet, dass eine Person sich
von ihrem Arbeitsplatz entfernt.

die Sozialhilfebehörde eine Sozialhilfeempfänger_in, weil eine (potenzielle) Arbeitgeber_in Arbeitsbedingungen aufstellt, die gegen die grundrechtlich konkretisierte Fürsorgepflicht verstossen, honoriert der Staat selber die Grundrechte nicht genügend und bestraft Sozialhilfeempfänger_innen für das grundrechtswidrige Verhalten der Arbeitgeber_innen.

- 990 Die Beurteilung der Zumutbarkeit einer Arbeit muss die Prüfung beinhalten, ob die Religionsfreiheit am Arbeitsplatz genügend geschützt ist, ansonsten das Ablehnen einer Stelle der Sozialhilfeempfänger_in nicht zum Nachteil gereichen kann. KURT stellt fest, dass mit der Forderung nach dem Ablegen des Kopftuchs eine soziokulturelle Integration (resp. Assimilation) zur Voraussetzung gemacht wird, um festzustellen, ob die Person ihrer Pflicht zur wirtschaftlichen Integration nachkommt. Sie hält dafür, die wirtschaftliche Integration ohne den Zwang, das Kopftuch abzulegen, zu fördern, und wirft richtigerweise die Frage auf, inwiefern der Zwang zur Ablegung des Kopftuches der Integration überhaupt dienlich sein soll oder ob es sich nicht vielmehr um eine Assimilationsforderung handelt.²³⁴⁷ Ähnlich hielt GLOOR treffend fest: «Die besten Gesetze nützen wenig, wenn Politik und staatliche Behörden, Schule und Medien und die Privatwirtschaft in Begriffen eines Kulturkonflikts verhaftet bleiben und Mühe haben, mit Menschen umzugehen, deren ethnische Herkunft und religiöse Ausrichtung nicht derjenigen der Mehrheitsgesellschaft entsprechen, mit Menschen, die es obendrein noch wagen, auf ihrer eigenen Identität zu beharren. Die Möglichkeit für muslimische Frauen, ihr Kopftuch auch am Arbeitsplatz tragen zu dürfen, symbolisiert die Bereitschaft unserer Gesellschaft, Gleichberechtigung und Nichtdiskriminierung nicht nur in der Schule, sondern auch in der Welt der Arbeit zu beachten.»²³⁴⁸

Wie schmal der Grat zwischen Integrations- und Assimilationsforderungen ist, zeigt die Aussage der Leitungsperson einer Arbeitsintegrationsfachstelle: «Ich meine, wir Christen können auch am Sonntag in die Kirche oder nicht und sind deswegen trotzdem noch Christen, oder. Oder ist das (fünf Mal täglich beten, MSt) ihm (dem Muslim, MSt) wirklich so wichtig, dass man eben etwas anders suchen muss, ja.»²³⁴⁹

- 991 In diesem Zusammenhang gilt es, erneut auf die staatlichen Schutz- und Gewährleistungspflichten, die aus Art. 6 und 7 i.V.m. Art. 2 Abs. 2 UN-Pakt I fließen, hinzuweisen: Der Staat ist verpflichtet, Anstrengungen zu unternehmen, um das Recht auf (günstige und gerechte) Arbeit für alle Menschen ohne Diskriminierung aufgrund der Religion zu erreichen. Aus dieser Perspektive kann die fehlende Inklusivität des Arbeitsmarktes nicht alleine den Sozialhilfeempfänger_innen ange-

²³⁴⁷ KURT, S. 198.

²³⁴⁸ GLOOR, S. 16.

²³⁴⁹ Interview S7.

lastet werden und von ihnen der Verzicht auf die Ausübung der Religion verlangt werden. So wurde in einem arbeitslosenversicherungsrechtlichen Fall richtigerweise entschieden, dass die Schadenminderungspflicht hinter die Religionsfreiheit zurücktreten müsse. Es sei auch zu berücksichtigen, ob nicht Anstellungsmöglichkeiten bestünden, bei denen die Konfliktsituation nicht auftreten würde.²³⁵⁰ Dies bedingt, dass die Fähigkeiten der betroffenen Personen berücksichtigt werden, ansonsten eine solche Beurteilung gar nicht stattfinden kann. Es rechtfertigt sich, diese Rechtsprechung analog auf die Sozialhilfe anzuwenden.²³⁵¹

Im Kontext der aktivierenden Sozialhilfe ist daher zu fordern, dass genügend Einsatzplätze vorhanden sind, in denen auf die Religionszugehörigkeit Rücksicht genommen wird. So bleibt nur in Ausnahmefällen – namentlich wenn Grundwerte der Verfassungsordnung durch die eingeforderte religiöse Praxis erschüttert werden²³⁵² – Platz für eine Einschränkung der Religionsfreiheit und das Fordern einer Anpassung der betroffenen Person zum Zweck der beruflichen Integration.²³⁵³ Diese (faktischen) Eingriffe in die Religionsfreiheit haben jedenfalls in Anwendung von Art. 36 BV und unter Berücksichtigung eines umfassenden Begriffs der Zumutbarkeit geprüft zu werden (vgl. N 970) – alleine die Berücksichtigung von objektiven Kriterien ist nicht ausreichend. Auf keinen Fall soll die Annahme einer Arbeit, die eine Einschränkung der Religionsfreiheit der betroffenen Person bedeuten würde, zur Anspruchsvoraussetzung für Nothilfe nach Art. 12 BV erhoben werden. Denn die Wahl zwischen dem Befolgen eines religiösen Gebotes und dem Leben ohne jegliche Existenzsicherung ist niemanden zuzumuten.

Ähnliches hat auch die Analyse des Verbots der Zwangsarbeit ergeben: Persönliche Gründe wie die Religionszugehörigkeit sind bei der Prüfung, ob eine Arbeit übermässig belastend und daher Zwangsarbeit ist, zu berücksichtigen (siehe N 755 f.). Hingegen ist an sich nicht zu beanstanden, dass der Person, die geltend macht, aus Gewissensgründen nur die Arbeit eines unabhängigen Sozialkritikers ausüben zu können, eher zugemutet wird, auch eine andere (zumutbare) Arbeit auszuüben.²³⁵⁴

²³⁵⁰ Vgl. Hinweis auf Urteil BGer C 366/96 v. 02.06.1997, ARV 1988, Nr. 47, 279, in: Urteil BGer 9C_301/2008 v. 02.07.2008, E. 4.3.

²³⁵¹ RIEMER-KAFKA/SHERIFOSKA, S. 321.

²³⁵² Zu denken wäre etwa an eine (durch den Ehemann aufgezwungene) Arbeitsverweigerung, weil es der Ehefrau aus religiösen Gründen nicht gestattet sei, alleine das Haus zu verlassen, wobei hier natürlich besonders zu prüfen wäre, welche Wirkung eine allfällige Sanktion hätte.

²³⁵³ KURT, S. 203.

²³⁵⁴ Siehe: EKMR, *Talmon ./.* *Niederlande*.

V. Meinungsäusserungsfreiheit

A. Anwendungsfälle

- 994 In mehreren Urteilen wird die Frage aufgeworfen, ob und inwiefern Einschränkungen der Meinungsäusserungsfreiheit gem. Art. 16 BV resp. Art. 10 EMRK akzeptiert werden müssen, damit die Chancen auf (Re-)Integration nicht geschmälert werden. Ist es den Einzelnen zumutbar, auf die Äusserung einer Meinung zu verzichten, wenn diese mit der Pflicht, an einem Beschäftigungsprogramm teilzunehmen, in Konflikt gerät?
- 995 Besonders anschaulich illustriert dies der bereits erwähnte Fall (N 553) des bekennenden Nationalsozialisten, der bei Bewerbungsgesprächen nicht bereit war, seine nationalsozialistische Überzeugung zu verbergen. Da er dadurch keine Chancen auf dem freien Arbeitsmarkt habe, betrachtete er den ihm auferlegten Besuch eines Beschäftigungsprogramms als unnötig. Das bernische Verwaltungsgericht kam zum Schluss, das Verschweigen seiner Ansichten sei dem Beschwerdeführer zumutbar, zumal seine Ansichten den Schutz der Meinungsäusserungsfreiheit kaum verdienten und daher sein privates Interesse hinter das öffentliche zurückzutreten habe.²³⁵⁵ Die Unterstützungsleistungen des Beschwerdeführers wurden in der Folge um knapp CHF 200/Monat gekürzt.
- 996 Ein Zusammenhang mit der Meinungsäusserungsfreiheit kann im Fall des Berner Dekorateurs gesehen werden (Urteil BGer 2P.147/2002 v. 04.03.2003): Das Bundesgericht hat bei der Beurteilung der Frage, ob die Arbeit im Beschäftigungsprogramm zumutbar sei oder durch die Verpflichtung zur Teilnahme an einem Programm das Recht auf persönliche Freiheit verletzt werde, mitberücksichtigt, dass sich der Beschwerdeführer dahingehend geäussert hatte, er lehne die betreffende Stelle ab, um den Staat für eine verfehlte Ausländerpolitik zu bestrafen. Er könnte, wenn er möchte, jederzeit eine Arbeit finden, bevorzuge es aber, bis zur Pension Sozialhilfe zu beziehen.²³⁵⁶ Das Bundesgericht entschied, dass der Berner Dekorateur keinen Anspruch auf staatliche Unterstützung habe, da er die (entlöhnte) Stelle im Beschäftigungsprogramm antreten könnte.
- 997 Ebenfalls einen Bezug zur Meinungsäusserungsfreiheit weist das Urteil 8C_850/2018 v. 12.06.2019 auf: Der Beschwerdeführer stellte bei der Gemein-

²³⁵⁵ VerwG BE, Urteil 21034U v. 01.02.2001, E. 3.

²³⁵⁶ Urteil BGer 2P.147/2003 v. 02.03.2003, E. 3.5.3; so auch: PÄRLI, Aspekte, S. 53.

de ein Gesuch um Nothilfe, nachdem ihm zuvor infolge seiner Weigerung, eine Arbeitsstelle zu suchen, jegliche staatliche Unterstützungsleistungen gestrichen wurden. Der Beschwerdeführer begründete diese Weigerung damit, er habe sich entschlossen, ein selbstbestimmtes Leben in Freiheit zu leben. Er wolle nicht am geltenden System der Geldschöpfung teilnehmen und keine bezahlte Arbeit verrichten. Das Bundesgericht führte aus, diese «Geisteshaltung» begründe – trotz gegebener finanzieller Bedürftigkeit – keine Notlage i.S.v. Art. 12 BV. Der Beschwerdeführer nenne abgesehen von dieser «offensichtlichen Verweigerungshaltung», die er nicht aufgeben wolle, keine Gründe, die es ihm verunmöglichen würden, ein existenzsicherndes Einkommen zu generieren. Der Beschwerdeführer muss seine «Geisteshaltung» ändern, um Anspruch auf Hilfe in Notlagen nach Art. 12 BV oder Sozialhilfe zu haben.

B. Einordnung

In erster Linie ist die Meinungsäusserungsfreiheit ein Abwehrrecht, das in dieser Funktion v.a. vor jeglichem Zwang schützt, sich mit einer fremden Meinung zu identifizieren, sich ihr anzupassen oder die eigene Meinung aufzugeben (*forum internum*).²³⁵⁷ Eingriffe in das Recht, eine Meinung nach aussen zu tragen und sie Dritten in frei gewählter Form und Art zu kommunizieren, sind untersagt (*forum externum*) resp. nach Art. 36 BV zu rechtfertigen.²³⁵⁸ Der EGMR betrachtet das Recht auf freie Meinungsäusserung als eine wesentliche Grundlage einer demokratischen Gesellschaft.²³⁵⁹

Grundsätzlich gilt es festzuhalten, dass die Unterstützung von bedürftigen Personen nicht davon abhängig gemacht werden sollte, dass sich eine Person einer bestimmten (beispielsweise politischen) Meinungsäusserung enthält. Dies hat ebenfalls zu gelten, wenn eine Meinungsäusserung dazu geeignet ist, die Chancen auf dem Arbeitsmarkt zu verschlechtern.²³⁶⁰ In der Lehre wird in diesem Zusammenhang auf BGE 109 V 275 hingewiesen, in welchem das BGer entschieden hat, dass eine Äusserung zu politischen und gesellschaftlichen Fragen nicht zur Ver-

²³⁵⁷ HERTIG, BSK-BV, N 14 zu Art. 16 BV.

²³⁵⁸ HERTIG, BSK-BV, N 15 zu Art. 16 BV.

²³⁵⁹ EGMR v. 12.09.2011, Appl. No. 28955/06, 28957/06, 28959/06 et al., *Palomo Sánchez u.a. ./.* Spanien, § 53; PÄRLI, EMRK, S. 1685.

²³⁶⁰ AMSTUTZ, S. 176; WOLFFERS, S. 98.

neinung der Vermittlungsfähigkeit einer arbeitslosen Person führen dürfe.²³⁶¹ Die Verneinung eines Leistungsanspruchs infolge der Ausübung eines Grundrechts ist als faktischer Grundrechtseingriff zu werten. Es handelt sich nicht um ein Verbot einer Meinungsäußerung, aber das Abwägen zwischen der Äusserung der Meinung und dem Inanspruchnehmen einer Leistung wirkt sich mittelbar auf die Verwirklichung des Grundrechts aus.

- 1000 Im Fall des Berner Nationalsozialisten stand in erster Linie eine Einschränkung des *forum externum* der Meinungsäußerungsfreiheit zur Debatte: Ist es dem Nationalsozialisten zuzumuten, sich einer Meinungsäußerung zu enthalten, um seine Anstellungschancen nicht zu schmälern? Dies wurde m.E. richtigerweise bejaht. Es stellt sich die Frage, ob die Äusserung seiner nationalsozialistischen Überzeugungen überhaupt den Schutz der Meinungsäußerungsfreiheit genießt. Der EGMR stellt Aussagen, die aus Gründen der Intoleranz zum Hass gegen Einzelne oder bestimmte Bevölkerungsgruppen anstacheln, nur sehr eingeschränkt unter den Schutz von Art. 10 EMRK. Diffamierende und diskriminierende Inhalte, die die Gleichheit aller Menschen, die Menschenwürde und den demokratischen Pluralismus leugnen, sind nicht geschützt;²³⁶² rassistische oder neonazistische Ansichten kraft Art. 17 EMRK – der den Missbrauch von Konventionsrechten verbietet – ebenfalls nicht.²³⁶³ Solche Äusserungen sind in der Schweiz gem. Art. 261^{bis} StGB unter Strafe gestellt. Dementsprechend sollen solche Ansichten nicht vorgebracht werden können, um sich gegen die Teilnahme an einem Beschäftigungsprogramm auszusprechen.
- 1001 Dies deckt sich auch mit dem Schutz, den die Meinungsäußerungsfreiheit in einem Arbeitsverhältnis im ersten Arbeitsmarkt erfährt. So muss sich zwar jemand, dessen Arbeitsverhältnis aufgrund seiner politischen Überzeugung und Mitglied-

²³⁶¹ Siehe Hinweise bei: AMSTUTZ, S. 176; WOLFFERS, S. 98; PÄRLI, Aspekte, S. 53; SCHÜRER, S. 5. AMSTUTZ und SCHÜRER erwähnen diesen Entscheid im Zusammenhang mit faktischen Grundrechtseingriffen.

²³⁶² MENSCHING, N 80 zu Art. 10 EMRK, mit Hinweis auf: EGMR v. 15.10.2015, Appl. No. 27510/08, *Perinçek ./ Schweiz*.

²³⁶³ MENSCHING, N 81 zu Art. 10 EMRK; DAIBER BIRGIT, N 37 zu Art. 10 EMRK, in: Meyer-Ladewig Jens/Nettesheim Martin/von Raumer Stefan (Hrsg.), EMRK, Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar, 4. Aufl., Baden-Baden 2017; ähnlich auch schon: SCHEFER, S. 378 f. Auch der UN-Pakt II verbietet den Missbrauch der Meinungsäußerungsfreiheit (Art. 19 UN-Pakt II). So trat der MRA nicht auf die Beschwerde eines Italieners ein, der geltend machte, seine Verurteilung aufgrund seiner Bestrebungen, die verbotene faschistische Partei zu reorganisieren, verletze seine Meinungsäußerungsfreiheit, vgl. MRA, Communication No. 117/81, *M.A. v. Italien* v. 10.04.1984, U.N. Doc. Supp. No. 40 (A/39/40) at 190 (1984); SAUL/KINLEY/MOWBRAY, S. 263.

schaft in einer Partei gekündigt worden ist, auf die nationale Gesetzgebung zum Schutz vor missbräuchlichen Entlassungen berufen können.²³⁶⁴ Eine Entlassung wegen (privater und ausserhalb der Arbeitszeit getätigter) Äusserungen etwa in sozialen Medien ist dennoch unter Umständen hinzunehmen.²³⁶⁵ Dies gilt v.a. bei Äusserungen, die rassistisch, extremistisch oder diskriminierend sind.²³⁶⁶ Es gilt, insgesamt einen gerechten Ausgleich zwischen den Interessen der Arbeitnehmer_innen und denjenigen der Arbeitgeber_innen zu finden.²³⁶⁷ Aus dieser Sicht ist denn auch die Annahme des Bundesgerichts, der sog. Kristallnacht-Twitterer habe seine Arbeitslosigkeit selbstverschuldet und seine Arbeitslosenleistungen seien dementsprechend korrekterweise eingestellt worden, nicht zu beanstanden (siehe zu diesem Fall bereit: N 110).

Wenn sich die Äusserungen gegen die Arbeitgeber_in richten, sind ebenfalls die gesamten Umstände zu betrachten. Der Arbeitnehmer_in kann nicht jede (kritische) Äusserung über ihre Arbeit, ihr Arbeitsverhältnis, ihre Arbeitgeber_in oder deren Geschäftspartner versagt werden. Grobe Beleidigungen hingegen können eine Kündigung nach sich ziehen, ohne dass diese missbräuchlich wäre. Ist die Äusserung jedoch sachlich, objektiv und nicht polemisch, wäre eine darauffolgende Kündigung missbräuchlich.²³⁶⁸

²³⁶⁴ EGMR v. 06.11.2012, Appl. No. 47335/06, *Redfearn ./. Vereinigtes Königreich*. Der Fall betraf ein (aktives) Mitglied der (nicht verbotenen) British National Party. Die Arbeitgeberin – ein Busunternehmen in Bradford – befürchtete, die mehrheitlich asiatisch-stämmigen Kund_innen könnten sich aufgrund der politischen Überzeugung des Busfahrers vom Unternehmen abwenden, weshalb es die Kündigung aussprach. Der EGMR hielt in einer 3:4-Entscheidung fest, dass das Recht auf Versammlungsfreiheit des Beschwerdeführers verletzt gewesen sei, weil er sich nicht auf die Gesetzgebung, die vor missbräuchlicher Entlassung schütze, habe berufen können.

²³⁶⁵ WILDHABER/HÄNSENBERGER, S. 405 ff.; ausführlich: MANTOUVALOU VIRGINIA, «I Lost my Job Over a Facebook Post: Was that Fair?», *Discipline and Dismissal for Social Media Activity*, *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 35, 1 (2019), S. 101–126.

²³⁶⁶ WILDHABER/HÄNSENBERGER, S. 416.

²³⁶⁷ EGMR, *Barbulescu ./. Rumänien*, § 112.

²³⁶⁸ WILDHABER/HÄNSENBERGER, S. 407; siehe als Beispiel für polemische unsachliche Kritik: OGer ZH, Urteil LA150002 v. 27.03.2015, wo eine Kündigung gegenüber einem Mitarbeiter nicht als missbräuchlich eingestuft wurde, der sich auf dem Blog «Inside-Paradeplatz» u.a. dahingehend äusserte, dass dem obersten Chef das Rückgrat und allen weiteren Führungspersonen «die Eier» fehlten; auch dem gewerkschaftlich engagierten SBB-Mitarbeiter, der der internen Kommunikationsabteilung eine «Kultur der Zensur» ähnlich der «Prawda» und allgemein Propaganda vorwarf, durfte aufgrund verletzter Treuepflichten und interner Weisungen gekündigt werden, vgl. Urteil BGer 8C_541/2015 v. 19.01.2016, E. 6 insbes.

Bei sogenannten Tendenzbetrieben ist eine Einschränkung der Freiheit der Arbeitnehmer_innen eher hinzunehmen. So ist beispielsweise die Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit einem Juristen bei einer Gewerkschaft nicht missbräuchlich, wenn sich dieser nebenbei auch für eine Sekte engagiert, deren Zielsetzung nicht mit derjenigen seiner Arbeitgeberin vereinbar ist.²³⁶⁹

- 1002 Anders sind die Urteile 2P.147/2002 v. 04.03.2003 und 8C_850/2018 v. 12.06.2019 zu beurteilen: Sowohl die Meinung, der Staat verfolge eine verfehlte Ausländerpolitik, als auch die Ablehnung des aktuellen Systems der Geldschöpfung, die beide zur Überzeugung führen, keine Erwerbsarbeit ausführen zu wollen, geniessen den Schutz der Meinungsäusserungsfreiheit – selbst wenn sie als offensichtlich falsch, provokativ oder unaufrichtig empfunden werden.²³⁷⁰
- 1003 Beim Berner Dekorateur stellt sich die Frage, ob ein verhältnismässiger Eingriff in das Recht erfolgt, in dem die Teilnahme am Beschäftigungsprogramm zur Voraussetzung zum Bezug von Sozialhilfe- und Nothilfeleistungen gemacht wird. Im konkreten Fall erfolgte ein Ausschluss aus dem Schutzbereich des Rechts auf Hilfe in Notlagen und entsprechend hatte der Beschwerdeführer ohne jegliche Unterstützung auszukommen, denn er wäre mit einer Teilnahme am Programm in der Lage gewesen, für sich selber zu sorgen. Diesbezüglich ist von einem unverhältnismässigen Eingriff in die Meinungsäusserungsfreiheit auszugehen. Analog zur Argumentation in N 968 kommt es so wiederum zur Abwägung zwischen der Aufgabe der eigenen Meinung und einer unwürdigen Bettelexistenz. Dies ist nicht zumutbar.
- 1004 Im Urteil 8C_850/2018 wird direkt die Änderung der «Geisteshaltung» gefordert und dies über die Anwendung des Subsidiaritätsprinzips zur Anspruchsvoraussetzung für Hilfe in Notlagen gem. Art. 12 BV erhoben. Hier stand dem Beschwerdeführer nicht der Einsatz in einem Beschäftigungsprogramm offen.
- Dieser Fall könnte allenfalls unter der Gewissensfreiheit gem. Art. 15 BV, welche Art. 16 BV als *lex specialis* vorgeht, diskutiert werden.²³⁷¹ Das Gewissen wird als die innere Instanz umschrieben, die dem Leben ethische und moralische Massstäbe setzt.²³⁷²
- 1005 Diese Verbindung ist klar abzulehnen, da sie der konstitutiv-institutionellen Funktion der Freiheitsrechte nicht gerecht wird und diese mit einer solchen Auslegung zur leeren Hülle verkommen. Eine tatsächliche Ausübung der Meinungsäusse-

²³⁶⁹ BGE 130 III 703.

²³⁷⁰ HERTIG, BSK-BV, N 9 zu Art. 16 BV.

²³⁷¹ CAVELTI/KLEY, St. Galler Kommentar, N 23 zu Art. 15 BV.

²³⁷² PAHUD DE MORTANGES, BSK-BV, N 33 zu Art. 15 BV.

rungsfreiheit wäre so nicht mehr garantiert.²³⁷³ Wie andernorts argumentiert, führt eine solche Auslegung von Art. 12 BV, die die leistungsauslösende Notlage von der «richtigen» Geisteshaltung abhängig macht, dazu, dass das sozialstaatliche Grundversprechen, das jeder Person garantiert, was sie um ihres Menschseins willens vom Gemeinwesen erwarten darf, nicht mehr eingelöst wird. Auch un-solidarische Personen dürfen von der Gesellschaft voraussetzungslos (minimale) Leistungen erwarten. Andernfalls ist ein Konflikt mit der Menschenwürde unum-gänglich.²³⁷⁴

Somit ist klar, dass auch der Nationalsozialist um seines Menschsein willens An-spruch auf staatliche Unterstützung hat – selbst wenn seine Meinung gar nicht den Schutz von Art. 16 BV verdient. Zur Beurteilung des (faktischen) Eingriffs in die Meinungsäusserung kann auf die Ausführungen in N 970 zur persönlichen Frei-heit verwiesen werden. Es gilt, den Eingriff in Anwendung von Art. 36 BV und unter Berücksichtigung eines umfassenden Begriffs der Zumutbarkeit zu prüfen – alleine die Berücksichtigung von objektiven Kriterien ist nicht ausreichend. 1006

VI. Kulturelle Identität

A. Anwendungsfall

Mit Entscheid vom 13.04.2010 hatte das Verwaltungsgericht des Kantons Genf 1007 zu beurteilen, ob eine Frau, die der Gemeinschaft der Fahrenden (Tziganes) an-gehört, dazu verpflichtet werden kann, Arbeit zu suchen. Die Beschwerdeführerin machte geltend, es gehöre zu ihren kulturell bedingten Vorlieben, dass sie als Ehe-frau und Mutter zu Hause bleibe und sich um die Kinder kümmere. Es sei Sache des «Chef de famille», ihres Ehemanns, die Existenz der Familie zu sichern.²³⁷⁵ Die kulturelle Identität verunmögliche es der Ehefrau, sich bei der Arbeitslosen-versicherung zum Leistungsbezug zu melden oder eine Arbeit zu suchen.²³⁷⁶ Die gegenteilige Verpflichtung durch die Sozialhilfebehörde unter Androhung einer

²³⁷³ Allgemein zu den Schutzpflichten aus Art. 16 BV: HERTIG, BSK-BV, N 16 zu Art. 16 BV, und besonders im Zusammenhang mit privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen: PÄRLI, EMRK, S. 1685 ff.

²³⁷⁴ Siehe dazu: STUDER, S. 341–343.

²³⁷⁵ TA GE, Urteil ATA/242/2010 v. 13.04.2010, E. 3 (En Fait).

²³⁷⁶ TA GE, Urteil ATA/242/2010 v. 13.04.2010, E. 4 (En Fait).

Leistungskürzung verstosse gegen übergeordnetes Recht, stelle eine Diskriminierung dar und verletze das Verhältnismässigkeitsprinzip. Die Beschwerdeführerin beruft sich insbesondere auf Art. 27 UN-Pakt II sowie das Rahmenübereinkommen zum Schutz nationaler Minderheiten des Europarats²³⁷⁷. Die Verpflichtung, eine Arbeit aufzunehmen, zwinge sie, ihren Lebensstil als Fahrende aufzugeben, um eine sesshafte Tätigkeit auszuüben, was eine unzulässige, erzwungene Assimilierung zur Folge habe. Das Subsidiaritätsprinzip gem. Art. 9 LIASI/GE sei in Übereinstimmung mit dem internationalen Recht zu interpretieren und es sei sicherzustellen, dass sie nicht aufgrund ihrer Zugehörigkeit zur nationalen Minderheit der Fahrenden diskriminiert werde.²³⁷⁸ Die Behörden hielten fest, dass die Zugehörigkeit zu der Minderheit der Fahrenden nicht von den sozialhilferechtlichen Pflichten befreie, sofern eine Person Leistungen der Sozialhilfe beziehen wolle. Weiter sei eine Voraussetzung für den Bezug von Sozialhilfeleistungen, dass die hilfeschuchenden Personen Wohnsitz in Genf hätten; diese Voraussetzung habe sie bereits unabhängig von der Aufforderung zur Arbeitssuche erfüllt.²³⁷⁹

- 1008 Das Gericht hielt fest, dass die Garantie der nomadischen Lebensweise nicht so weit gehe, wie es die Beschwerdeführerin geltend mache. Es sei kein geschützter Aspekt der kulturellen Identität, dass die Ehefrau keine ausserhäuslichen Tätigkeiten ausüben müsse. Zudem würden die Bestimmungen des LIASI/GE gegenüber allen Personen angewandt und nicht nur gegenüber Fahrenden. Weiter hätten die Bestimmungen nicht zum Ziel, fahrende Sozialhilfeempfänger_innen zur Sesshaftigkeit zu zwingen. Somit sei die Beschwerdeführerin nicht von einer Diskriminierung betroffen und sie berufe sich zu Unrecht auf Art. 8 Abs. 2 BV und Art. 27 UN-Pakt II, um sich den Verpflichtungen gem. Art. 9 Abs. 1 LIASI/GE zu entziehen.²³⁸⁰

B. Einordnung

- 1009 Das Bundesgericht hat, rund zwei Jahre nachdem der oben zusammengefasste kantonale Entscheid ergangen ist, anerkannt, dass die Gemeinschaft der Fahrenden eine nationale Minderheit ist. Aufgrund der völkerrechtlichen Verpflichtungen aus dem UN-Pakt II und dem Rahmenübereinkommen zum Schutz nationaler

²³⁷⁷ Vom 1. Februar 1995, SR 0.441.1.

²³⁷⁸ TA GE, Urteil ATA/242/2010 v. 13.04.2010, E. 12 (En Fait).

²³⁷⁹ TA GE, Urteil ATA/242/2010 v. 13.04.2010, E. 13 (En Fait).

²³⁸⁰ TA GE, Urteil ATA/242/2010 v. 13.04.2010, E. 14 (En Droit).

Minderheiten des Europarates ist dieser Gruppe zu ermöglichen, die wesentlichen Elemente ihrer ethno-kulturellen Identität zu bewahren.²³⁸¹ Insbesondere gilt die fahrende Lebensweise als ein unter Art. 8 Abs. 2 BV verpöntes Merkmal zur Anknüpfung für eine (direkte oder indirekte) Ungleichbehandlung.²³⁸² Die Fahrenden geniessen also einen besonderen Diskriminierungsschutz.

Das Bundesgericht hat nicht im Detail geklärt, welche staatlichen Verpflichtungen aus dieser Anerkennung der nationalen Minderheit gegenüber erwachsen. Es hielt zumindest fest, dass die Behörden bei der Rechtsanwendung die Besonderheiten der traditionellen Lebensweise der Fahrenden berücksichtigen müssten.²³⁸³ Dies werde nicht (genügend) getan, wenn zur Ermittlung des Invaliditätsgrades einer fahrenden Person auf die statistischen Einkommensdaten zurückgegriffen werde. Denn würden die Einkommensmöglichkeiten einer Frau, die der Gemeinschaft der Fahrenden angehöre, mit denjenigen einer sesshaften Tätigkeit verglichen, würden die Besonderheiten der fahrenden Lebensweise weitgehend ignoriert. Das Abstellen auf ein Einkommen, welches eine sesshafte Tätigkeit erfordern würde, käme einer Forderung nach der Aufgabe der traditionellen Lebensweise gleich, was unzumutbar sei.²³⁸⁴ 1010

Daraus folgt, dass eine Person, die der Gemeinschaft der Fahrenden angehört, nur zur Aufnahme einer Arbeit resp. zur Teilnahme an einem Beschäftigungsprogramm verpflichtet werden kann, wenn dies mit ihrem (semi-)nomadischen traditionellen Lebensstil vereinbar ist. Im oben erläuterten Fall wurde v.a. geltend gemacht, eine Arbeit ausserhalb der Betreuung der eigenen Kinder sei nicht mit dem Lebensstil vereinbar. Diesbezüglich scheint die Entscheidung des Gerichts, dass dies kein geschützter Aspekt der kulturellen Identität sei, nachvollziehbar und es ist zuzustimmen, dass hier keine (indirekte) Diskriminierung stattfand: Die Situation unterscheidet sich nicht von derjenigen anderer bedürftiger Familien, wo ebenfalls beide Elternteile zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit angehalten werden, sobald die Kinder ein gewisses Alter erreicht haben, zumal die Beschwerdeführerin in Genf Wohnsitz genommen hatte und zur fraglichen Zeit nicht reiste.²³⁸⁵ 1011

²³⁸¹ BGE 138 I 205, E. 6.1.

²³⁸² BGE 138 I 205, E. 5.4.

²³⁸³ BGE 138 I 205, E. 6.1.

²³⁸⁴ BGE 138 I 205, E. 6.2; bestätigt in Urteil BGer 9C_355/2014 v. 02.12.2014, E. 5.

²³⁸⁵ Zur Bestimmung des Unterstützungswohnsitzes siehe: SCHWEIZERISCHE KONFERENZ FÜR SOZIALHILFE, Merkblatt. Örtliche Zuständigkeiten in der Sozialhilfe, www.skos.ch (Publikationen / Merkblätter und Empfehlungen), besucht am 30.04.2021, S. 7 f.; siehe auch: WIZENT, Sozialhilferecht, N 260.

Dennoch greift es an sich zu kurz, wenn das Gericht ausführt, dass die Sozialhilfegesetzgebung sich an alle Bedürftigen gleichermassen richte und sie nicht zum Ziel habe, die Fahrenden zur Sesshaftigkeit zu bringen. Gerade in dieser gleichen Anwendung der Regeln auf unterschiedliche Personengruppen versteckt sich die Gefahr der indirekten Diskriminierung.²³⁸⁶ In gewissen Konstellationen, v.a. bei teilweise sesshaften Familien, kann die Verpflichtung zur Aufnahme einer Arbeit oder zur Teilnahme an einem Beschäftigungsprogramm durchaus in Konflikt mit der traditionellen Lebensweise geraten und zu einer indirekten Diskriminierung führen. Hier müsste m.E. davon ausgegangen werden, dass das private Interesse, ein Leben im Einklang mit dem traditionellen Lebensstil führen zu können, dem öffentlichen Interesse vorgeht. Eine zumutbare Arbeit wäre in diesem Kontext nur eine, die mit der Lebensform der nationalen Minderheit vereinbar ist.

VII. Kunstfreiheit

A. Anwendungsfall

- 1012 Ein nicht alltäglicher Fall beschäftigte das bernische Verwaltungsgericht im August 2000. Ein 48-jähriger Beschwerdeführer, der ausgebildeter Primarlehrer war, wehrte sich gegen die Kürzung seines Grundbedarfs II. Der Grundbedarf II gem. den alten – bis 2005 gültigen – SKOS-RL ist mit der heutigen Integrationszulage nach den SKOS-RL zu vergleichen. Er meldete sich beim Sozialdienst und erkundigte sich nach Unterstützungsmöglichkeiten, sollte er sich entscheiden, sich fortan nur noch seinen Theaterprojekten zu widmen. Danach wurde er ausgesteuert und erhielt Sozialhilfe. Er weigerte sich beharrlich gegen die Teilnahme an Beschäftigungsprogrammen. Dies sah er als Bestandteil seines Kunstprojekts, mit welchem er u.a. versuchte, darauf hinzuwirken, dass anderen Künstler_innen ein bedingungsloses Existenzminimum garantiert werde.²³⁸⁷ Der Beschwerdeführer machte geltend, die Kunstfreiheit verbiete eine Leistungskürzung und seine sozialhilferechtlichen Pflichten seien gegen die verfassungsmässig garantierte Freiheit künstlerischen Ausdrucks abzuwägen. Das Infragestellen politischer und

²³⁸⁶ Vgl. ZIMMERMANN NESA, CEDH et développement territorial: implications actuelles et potentielles, in: Boillet Véronique et al. (Hrsg.), *L'influence du droit de l'Union européenne et de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit suisse*, Genf/Zürich/Basel 2016, S. 69–87, S. 83.

²³⁸⁷ VerwG BE, Urteil 20954U v. 15.08.2000, A.

gesellschaftlicher Strukturen sei Teil seines Kunstprojekts. Eine fremdbestimmte Lohnarbeit auszuüben, hätte seine künstlerische Arbeit verhindert.²³⁸⁸

Das Gericht erwog, die angefochtene Verfügung habe faktisch gewisse Auswirkungen auf sein Tun: Die Zeit, die er seinen Projekten widmen könnte, würde mit der Teilnahme an einem Beschäftigungsprogramm eingeschränkt. Jedoch bleibe ihm die Ausübung der künstlerischen Tätigkeit rechtlich erlaubt. Nun versuche der Beschwerdeführer, aus der Kunstfreiheit ein Anrecht auf Ausrichtung des Grundbedarfs II abzuleiten. Dies sei aber nicht vom justiziablen Schutzbereich der Kunstfreiheit erfasst. Die finanzielle Unterstützung von Kunstschaaffenden beschlage lediglich den programmatischen Teilgehalt der Kunstfreiheit.²³⁸⁹ 1013

Weiter machte der Beschwerdeführer geltend, seine Tätigkeit sei ebenso gemeinnützig wie zahlreiche Beschäftigungsprogramme und zudem habe er staatliche Unterstützungen und Weisungen zur Integration nicht nötig, da er mit seiner «Künstlerpersönlichkeit und seiner interaktiven Arbeitsweise bereits für eine hinreichende Integration Sorge». Dieses Argument wies das Gericht mit der Begründung zurück, die Sozialhilfe verfolge das Ziel der beruflichen Integration und es gälte zudem der Grundsatz der Subsidiarität. Dieser umfasse die Verpflichtung, selber nach Kräften zur Behebung der Bedürftigkeit beizutragen. Dies schränke den Beschwerdeführer – wie alle anderen Sozialhilfeempfänger_innen – in seiner Freiheit ein, seine berufliche Betätigung nach eigenem Gutdünken zu gestalten. Es sei ihm unbenommen, zu glauben, die künstlerische Redlichkeit verbiete ihm die Annahme einer bezahlten Arbeit – aber er müsse in Kauf nehmen, dass ihm aus diesem Verhalten Konsequenzen erwachsen und ihm die Unterstützungsleistungen gekürzt würden.²³⁹⁰ 1014

B. Einordnung

Der Künstler im zusammengefassten Urteil fordert die Ausrichtung einer Integrationszulage trotz seiner Weigerung, an einem Beschäftigungsprogramm teilzunehmen. Dies, weil eine solche Teilnahme seine Kunstfreiheit zu stark einschränken würde. Er vertritt den Standpunkt, die Integrationszulage sei notwendig, damit er sein Grundrecht ausüben könne. Dies weist gewisse Parallelen zu BGE 113 V 22 auf, wo sich der Beschwerdeführer entschieden hatte, seinen Wohnort zu wech- 1015

²³⁸⁸ VerwG BE, Urteil 20954U v. 15.08.2000, E. 5a.

²³⁸⁹ VerwG BE, Urteil 20954U v. 15.08.2000, E. 5b.

²³⁹⁰ VerwG BE, Urteil 20954U v. 15.08.2000, E. 6.

seln, und staatliche Leistungen (elektrisches Fahrzeug) forderte, um sein Grundrecht ausüben zu können (siehe N 544 ff.).

- 1016 Das Gericht hält im Fall des Kunstschaffenden im Ergebnis richtigerweise fest, dass die sozialhilferechtlichen Verhaltenspflichten den Beschwerdeführer nicht in unzumutbarer Weise in der Ausübung seiner Kunstfreiheit einschränkten, so dass staatliche Leistungen (Integrationszulage) nicht notwendig seien, um die faktische Ausübung des Grundrechts zu gewährleisten. Es ist wichtig, festzuhalten, dass in diesem Urteil nie zur Debatte stand, ob der Beschwerdeführer aufgrund seiner Weigerungshaltung überhaupt Anspruch auf Sozialleistungen habe – der gänzliche Entzug der Sozialhilfeleistungen sei nämlich selbst dann nicht möglich, wenn die bedürftige Person die Anordnungen des Sozialdienstes missachte.²³⁹¹

Das Urteil zeigt also auch, dass seit dem Jahr 2000 insbesondere durch die strengere Auslegung des Subsidiaritätsprinzips die Möglichkeiten zur Sanktionierung eines unerwünschten Verhaltens zugenommen haben.

- 1017 Generell fordert der Beschwerdeführer ein bedingungsloses Existenzminimum für Kunstschaffende. Unter politischen Philosoph_innen wurde eine ähnliche Frage angeregt diskutiert, nämlich ob diejenigen, die es vorziehen, den ganzen Tag vor der Küste von Malibu zu surfen, Anrecht auf staatliche Sozialleistungen haben sollen. Ausgangspunkt der Diskussion sind die Arbeiten von JOHN RAWLS, der dafürhält, dass der Wert der zusätzlichen Freizeit, welche die Surfer_innen genießen, den Gütern gleichgesetzt werde, die den am wenigsten begünstigten Personen zustünden. So hätten die Surfer_innen einen Weg zu finden, um ihre Existenz ohne staatliche Hilfe zu sichern.²³⁹² Eng verbunden mit dieser Diskussion ist die Frage, ob Sozialleistungen dazu da sind, um den «teuren Geschmack» (*expensive taste*)²³⁹³ einiger Mitglieder der Gesellschaft zu kompensieren: Wenn es die Präferenz (der teure Geschmack) ist, nicht zu arbeiten, weniger zu arbeiten, nur eine bestimmte Arbeit auszuführen oder besonders mühselige Arbeit, die nicht den eigenen Vorstellungen entspricht, abzulehnen, ist diese Wahl mit Sozialleistungen

²³⁹¹ VerwG BE, Urteil 20954U v. 15.08.2000, E. 6.

²³⁹² RAWLS JOHN, *The Priority of Right and Ideas of the Good*, Philosophy & Public Affairs, Vol. 17, No. 4 (1988), S. 251–276, S. 257 (Fn. 7): «(...) that twenty-four hours less a standard working day might be included in the index as leisure. Those who are unwilling to work would have a standard working day of extra leisure, and this extra leisure itself would be stipulated as equivalent to the index of primary goods of the least advantaged.»

²³⁹³ Siehe dazu v.a. DWORKIN RONALD, *What is Equality? Part 1: Equality of Welfare*, Philosophy & Public Affairs, Vol. 10, No. 3 (1981), S. 195–246.

zu entschädigen?²³⁹⁴ So wird argumentiert, es könne keine gesellschaftliche Pflicht zur Unterstützung von Kunstschaffenden bestehen, die mit einer anderen Tätigkeit für sich selber sorgen könnten.²³⁹⁵ Dies wirft die Frage auf, ob bei selbstverschuldeter Bedürftigkeit Ansprüche gegenüber dem Gemeinwesen bestehen, was wiederum mit diffizilen Abgrenzungsfragen verbunden ist zwischen einer selbstgewählten Position und einer, die das Resultat von Umständen ist, die ausserhalb des Einflussbereichs der einzelnen Person liegen.²³⁹⁶

Hier soll nun nicht die ganze philosophische Debatte aufgerollt werden. In Anbetracht der vorangehend ausführlich betrachteten völker- und verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen können nämlich diese Fragen für den schweizerischen Kontext weitgehend beantwortet werden: 1018

- Auch diejenigen, die nicht leisten (wollen), haben Anspruch auf Sozialhilfe. Eine wichtige Grenze der Zumutbarkeit von Verhaltenspflichten für Sozialhilfeempfänger_innen ist, dass diese nicht als Anspruchsvoraussetzungen für Sozialhilfe und für das Recht auf Hilfe in Notlagen gem. Art. 12 BV gelten sollen. Jüngere Entwicklungen in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, wonach eine Person, deren «Geisteshaltung» es sei, nicht am aktuellen System der Geldschöpfung teilnehmen zu wollen, und die daher keine bezahlte Arbeit ausführen wolle, keinen Anspruch auf Hilfe in Notlagen gem. Art. 12 BV habe, sind klar abzulehnen (siehe bereits N 1004 f.).
- Ob eine finanzielle Bedürftigkeit die Folge eines «*expensive taste*», einer Aneinanderreihung von unglücklichen Lebensentscheidungen oder eines Schicksalsschlages ist, ist nicht immer klar zu unterscheiden.²³⁹⁷ Deshalb ist der Grundsatz, dass bei selbstverschuldeter Bedürftigkeit Anspruch auf Sozial- und Nothilfe besteht, zu unterstreichen. Dies entspricht dem Finalprinzip der Sozial- und Nothilfe (siehe N 168).

²³⁹⁴ WAX AMY L., Something for Nothing: Liberal Justice and Welfare Work Requirements, Emory Law Journal Vol. 51, No. 1 (2003), S. 1–70, S. 43; PAZ-FUCHS, S. 147.

²³⁹⁵ WAX AMY L., A Reciprocal Welfare Program, Virginia Journal of Social Policy & the Law, Vol. 8, Issue 3 (2001), S. 477–516, S. 493; WAX scheint ihre Position im jüngeren Artikel (Fn. 2394) revidiert zu haben.

²³⁹⁶ Siehe dazu die kritische Auseinandersetzung mit Dworkin: HOLTUG NILS, Welfare Luck Egalitarianism and Expensive Tastes, Moral Philosophy and Politics 2015 2(1), S. 179–206, S. 182 insbes.

²³⁹⁷ Siehe auch: Christoph Eymann, Präsident der SKOS, im Interview mit Ingrid Hess, ZESO 2/2019, S. 11.

- Dementsprechend gilt, dass die Surfer_innen in Malibu – oder die Snowboarder_innen in Zermatt – Anspruch auf Sozialhilfeleistungen haben. Zu diesem Schluss gelangt auch der führende Verfechter eines bedingungslosen Grundeinkommens, PHILIPPE VAN PARIJS.²³⁹⁸ VAN PARIJS hält fest, dieser Anspruch umfasse sicher, dass die Surfer_innen sich ernähren könnten. Teure Surfbretter und eine Unterkunft in einer exklusiven Villa gehörten nicht dazu. Dem ist zu zustimmen. Dieser beschränkte Anspruch hat nichts Unfairen, weil dadurch Arbeitsfähige von der Arbeit anderer leben würden,²³⁹⁹ sondern ist als Ausdruck einer liberalen Theorie zu sehen. So wird erreicht, dass für Menschen, die nicht den Konventionen entsprechen und andere Konzeptionen eines «guten Lebens» verfolgen, die Existenz gesichert ist. Dies ergibt sich – wie oben (N 616) erläutert – auch aus einer konsequenten Auslegung des Rechts auf Menschenwürde gem. Art. 7 BV.

RAWLS hat später präzisiert, er gehe nur unter der Prämisse, dass Arbeit für alle verfügbar wäre, davon aus, es bestehe keine Pflicht, die Surfer_innen zu unterstützen.²⁴⁰⁰ Hier setzt VAN PARIJS an und argumentiert, Arbeit sei ein knappes Gut, insbesondere solche, die den Fähigkeiten und Neigungen der Person entspreche. Diejenigen, die eine dieser knappen Arbeitsstellen hätten, genössen ein Privileg. Entsprechend sei auf dem Erwerbseinkommen Steuern zu zahlen. Mit diesen Einnahmen sei allen ein bedingungsloses Grundeinkommen zur Verfügung zu stellen.²⁴⁰¹ Dies auch für die gewollt Arbeitslosen, da diese aus freien Stücken auf die knappe Ressource Arbeit verzichteten – hingegen hätten die unfreiwillig Arbeitslosen einen «teuren Geschmack», nämlich für die knappe Ressource Arbeit; wenn nur sie in Genuss eines (Grund-)Einkommens kämen, würde diese teure Vorliebe belohnt.²⁴⁰²

Wie VAN PARIJS richtig bemerkt: Sich mit den moralisch herausfordernden Surfer_innen in Malibu resp. den freischaffenden Performance-Künstler_innen zu beschäftigen, ist v.a. daher sinnvoll, weil daraus Argumente fliessen, um legitime Ansprüche gegen fehlgeleitete Einwände zu verteidigen.²⁴⁰³ Wenn selbst die Surfer_in in Malibu Anspruch auf Unterstützung hat, sollte es ausser Frage stehen, diesen Anspruch einer Familie mit einem Kleinkind zu verneinen, weil der Vater den Einsatz im Beschäftigungsprogramm ablehnt.²⁴⁰⁴

²³⁹⁸ VAN PARIJS, S. 130.

²³⁹⁹ So aber: ELSTER JON, Comment on van der Veen and Van Parijs, *Theory and Society*, Vol. 15, No. 5 (1986), S. 709–722, S. 719.

²⁴⁰⁰ RAWLS JOHN, *Political Liberalism*, New York 1993, S. 181, Fn. 9; PAZ-FUCHS, S. 148.

²⁴⁰¹ VAN PARIJS, S. 124 f.

²⁴⁰² VAN PARIJS, S. 125.

²⁴⁰³ VAN PARIJS, S. 131.

²⁴⁰⁴ So z.B. geschehen mit: VerwG BE, Urteil 200 14 178 v. 11.09.2014; siehe dazu auch: N 295.

VIII. Informationelle Selbstbestimmung und Datenschutz

A. Grundsätze und offene Fragen

Die Sozialhilfebehörden sind auf umfassende Informationen angewiesen, um überhaupt festzustellen, ob eine Person bedürftig ist, und um bedarfsorientierte Leistungen im Einzelfall ausrichten zu können. Die Bearbeitung jedes Unterstützungsgesuchs beginnt mit der Erhebung von Daten.²⁴⁰⁵ Die Gesuchsteller_innen sind im Rahmen ihrer Mitwirkungspflichten verpflichtet, möglichst umfassend Informationen über die finanzielle und persönliche Situation preiszugeben.²⁴⁰⁶ Diese Mitteilungspflicht geht teilweise ausgesprochen weit.²⁴⁰⁷ Mit diesen Vorgängen wird der Schutzbereich von Art. 13 Abs. 2 BV berührt, da die Erhebung, Aufbewahrung und Bearbeitung von Daten in das Recht auf eine persönliche Geheimsphäre eingreift²⁴⁰⁸ und den Anspruch der Einzelnen, selber zu bestimmen, wem sie wann und was über sich und ihre Lebensumstände preisgeben,²⁴⁰⁹ einschränkt. Zusätzlich ist der Schutzbereich von Art. 8 Abs. 1 EMRK betroffen, wenn die Privatsphäre betreffende Daten erhoben, gespeichert oder verarbeitet werden,²⁴¹⁰ umfasst doch Art. 8 EMRK auch den Anspruch auf Schutz der eigenen Daten.²⁴¹¹ Eine Bearbeitung persönlicher Daten ist gem. Art. 36 BV zu rechtfertigen. Gesetzliche Grundlagen zum Umgang mit Daten von Sozialhilfebezüger_innen finden sich einerseits in kantonalen Datenschutzgesetzen und andererseits in kantonalen Sozialhilfegesetzen.²⁴¹² Es ergibt sich ein Spannungsfeld zwischen dem Anspruch auf

²⁴⁰⁵ BREITSCHMID, S. 361.

²⁴⁰⁶ URSPRUNG/RIEDI-HUNOLD, S. 419.

²⁴⁰⁷ HÄNZI, S. 73; BREITSCHMID, S. 361.

²⁴⁰⁸ BGE 138 I 331, E. 5.1.

²⁴⁰⁹ MÜLLER/SCHEFER, S. 167; HÄNZI, S. 73.

²⁴¹⁰ BGE 138 I 331, E. 5.2.

²⁴¹¹ MEYER-LADEWIG/NETTESHEIM, N 32 zu Art. 8 EMRK; GÄCHTER/EGLI, N 59 ff.

²⁴¹² Das eidgenössische DSG findet lediglich Anwendung auf die Datenbearbeitung durch Bundesorgane oder Private (Art. 2 Abs. 1 DSG); die Datenbearbeitung durch kantonale oder kommunale Behörden ist somit durch das kantonale Recht zu regeln; siehe für einen kurzen Überblick auch: BREITSCHMID, S. 360 ff.

informationelle Selbstbestimmung und dem öffentlichen Interesse, dass nur bedürftige Personen Sozialhilfe erhalten und diese Hilfe individuell angepasst ist.²⁴¹³

Richtigerweise hat das Verwaltungsgericht Thurgau entschieden, dass eine Sozialhilfeempfängerin nicht verpflichtet werden könne, den Bericht über den Austritt aus einer psychiatrischen Klinik der Sozialhilfebehörde herauszugeben. Es seien jene Daten zu offenbaren, die für die Beurteilung der Frage nötig seien, ob die hilfsbedürftige Person in der Lage wäre, sich die Mittel zur Existenzsicherung durch Arbeit zu beschaffen. Dafür sei eine ärztliche Beurteilung der Arbeitsfähigkeit erforderlich, nicht aber eine Diagnose oder der Austrittsbericht.²⁴¹⁴ Eine analoge Anwendung von Art. 28 und 43 ATSG könne nicht erfolgen, da diese nur für Sozialversicherungen gälten und dem SHG/TG eine entsprechende gesetzliche Grundlage fehle.²⁴¹⁵

- 1020 Soll die berufliche Reintegration einer Person erreicht werden und ein Einsatz in einem Beschäftigungsprogramm erfolgen, stellt sich die Frage, welche Informationen die Sozialhilfebehörde dazu benötigt und wie der Datenaustausch zwischen dem Sozialdienst und dem Einsatzbetrieb geregelt ist. Es fliessen auch Informationen vom Einsatzbetrieb zurück an die Sozialhilfebehörden. Diese Informationen betreffen das Verhalten am Einsatzplatz, was wiederum Folgen haben kann für die Leistungsansprüche der Sozialhilfeempfänger_in.²⁴¹⁶
- 1021 Zusätzlich ist zu fragen, ob und wie die Privatsphäre der Sozialhilfeempfänger_in an ihrem Einsatzplatz geschützt wird. Diese Frage ist, wie oben erläutert (N 780), bei der Prüfung, ob eine Arbeitsverpflichtung eine übermässige Last ist und somit Zwangsarbeit darstellt, einzubeziehen und wird daher nachfolgend vertieft.

²⁴¹³ HÄNZI, S. 73.

²⁴¹⁴ VerwG TG, Urteil TVR 2010 Nr. 19 v. 14.07.2010, E. 5.3.

²⁴¹⁵ VerwG TG, Urteil TVR 2010 Nr. 19 v. 14.07.2010, E. 5.1.

²⁴¹⁶ Siehe z.B. VerwG BE, Urteil 200 14 301 SH v. 13.06.2014, E. 3.3.3; KG FR, Urteil 605 2015 256/257/258 v. 24.03.2016, E. 6a, oder VerwG SG, Urteil B 2006/164 v. 30.11.2006, E. 2c, wo sich die Sozialhilfebehörde auf die Aussagen der ehemaligen Arbeitgeber_in stützte, welchen zufolge die Beschwerdeführerin vom Einsatzplatz «als schwierige Person wahrgenommen worden und als flegelhaft, uneinsichtig, nicht kooperativ und teilweise aggressiv» beurteilt worden sei. Das Gericht hielt fest, dass diese «ehrenrührige Charakterisierung» in den Akten keine Grundlage finde.

B. Schutz der Privatsphäre am Einsatzplatz

Der Schutz der Privatsphäre in einem Arbeitsverhältnis ist Teil von würdigen Arbeitsbedingungen. Unter Art. 7 UN-Pakt I könnte der Schutz der Privatsphäre im Anstellungsverhältnis als Aspekt der günstigen und gerechten Arbeitsbedingungen relevant werden.²⁴¹⁷ Unter Art. 8 EMRK kann ein mangelnder Schutz der Privatsphäre im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis als Eingriff in das Recht auf Privatleben qualifiziert werden. 1022

Die diesbezügliche Entwicklung der Rechtsprechung des EGMR stützt sich wesentlich auf die evolutive und integrale Auslegung und die Anerkennung staatlicher Schutzpflichten.²⁴¹⁸ Wie argumentiert (N 471), dürfte sich aufgrund dessen, dass der Staat eine Teilnahme an einem Beschäftigungsprogramm in einem bestimmten Einsatzbetrieb per Verfügung vorsieht, in der Regel nicht aufdrängen, zu prüfen, ob eine Schutzpflicht verletzt wurde, sondern ob der Staat selber seine *responsibility to respect* beachtet hat.

Gemäss EGMR drängt es sich v.a. daher auf, den Schutz des Privatlebens auf eine Arbeitsbeziehung auszudehnen, da der Arbeitsplatz für die meisten Menschen eine wichtige, wenn nicht die wichtigste Möglichkeit sei, um Beziehungen zur Aussenwelt zu knüpfen.²⁴¹⁹ Damit wird die sozialintegrative Funktion der Arbeit angesprochen, welche bei sozialhilferechtlichen Beschäftigungsprogrammen teilweise im Mittelpunkt steht. Umso wichtiger erscheint also, dass die Privatsphäre in diesen Programmen geschützt wird. Daraus ergibt sich etwa, dass private Gespräche möglich sein müssen und insbesondere bei der Festlegung von Arbeitspausen darauf zu achten ist, dass niemand gezwungen ist, die Pause alleine zu verbringen.²⁴²⁰ Am Arbeitsplatz ist zudem vor Mobbing zu schützen.²⁴²¹ Eine Überwachung per 1023

²⁴¹⁷ PÄRLI, Privatsphäre, S. 55.

²⁴¹⁸ PÄRLI, Privatsphäre, S. 58; zur integrativen Auslegung der EGMR siehe N 493 und zu den staatlichen Schutzpflichten N 469.

²⁴¹⁹ EGMR v. 16.12.1992, Appl. No. 13710/88, *Niemitz ./. Deutschland*, § 29.

²⁴²⁰ Siehe PÄRLI, Privatsphäre, S. 60; die allgemeinen Bemerkungen zu diesem Artikel enthalten jedoch keine Hinweise darauf.

²⁴²¹ EGMR v. 17.09.2019, Appl. No. 40942/14, *Iovcev u.a. ./. Republik Moldau und Russland*; siehe dazu: LÖRCHER KLAUS, EMRK und Mobbing – Anm. zu EGMR v. 17.9.2019 – Nr. 40942/14 – Iovcev u.a. / Republik Moldawien und Russland, HSI-Newsletter 3/2019, Anm. Unter III.

Video oder das Abhören von (privaten) Telefongesprächen,²⁴²² das Mitlesen von E-Mails²⁴²³ u.Ä.²⁴²⁴ kann zu Konflikten mit dem Recht auf Privatleben führen.²⁴²⁵

Dies hielt der EGMR im Urteil *Barbulescu ./. Rumänien* fest, wo sich ein Arbeitnehmer gegen seine Entlassung wehrte. Die Entlassung wurde von der Arbeitgeberin ausgesprochen, weil sie festgestellt hatte, dass der Arbeitnehmer während seiner Arbeitszeit ein Messenger-Programm und das E-Mail-Programm für private Zwecke brauchte. Dies versties gegen die Richtlinien der Arbeitgeberin. Es gelang der Arbeitgeberin aber nur, diesen Verstoß festzustellen, weil sie die Korrespondenz des Arbeitnehmers überwachte, ohne dies dem Arbeitnehmer angekündigt zu haben. Die grosse Kammer des EGMR hielt fest, dass die Möglichkeit der Arbeitgeber_innen, Arbeitnehmer_innen am Arbeitsplatz zu überwachen, durch den Staat durch angemessene Massnahmen zu beschränken sei. Dazu sei insbesondere die Arbeitnehmer_in über die mögliche Überwachung zu informieren.²⁴²⁶

- 1024 Solche Massnahmen sind nicht per se unzulässig, haben aber in Anwendung von Art. 8 Abs. 2 EMRK resp. Art. 36 BV gerechtfertigt zu werden. Dazu ist eine gesetzliche Grundlage erforderlich. In einem Arbeitsverhältnis nach OR ist diese in den Normen zur Treuepflicht und zum Weisungsrecht der Arbeitgeber_in zu sehen.²⁴²⁷ Da nur wenige Einsätze in sozialhilferechtlichen Beschäftigungsprogrammen mit Arbeitsverträgen gem. OR geregelt werden, muss eine andere Grundlage gefunden werden. Dies dürfte in der Regel scheitern, womit sich die Frage stellt, ob eine gültige Einwilligung der Sozialhilfeempfänger_in die gesetzliche Grundlage ersetzen kann.

²⁴²² EGMR v. 25.06.1997, Appl. No. 20605/92, *Halford ./. Vereinigtes Königreich*.

²⁴²³ EGMR v. 03.07.2007, Appl. No. 62617/00, *Copland ./. Vereinigtes Königreich*.

²⁴²⁴ Siehe auch bereits N 107 zum Fall EGMR, *Barbulescu ./. Rumänien*.

²⁴²⁵ Mehr Beispiele auch bei PÄRLI, Überwachung, S. 226.

²⁴²⁶ EGMR, *Barbulescu ./. Rumänien*, § 120 f.; siehe zu diesem Entscheid u.a.: PÄRLI KURT, Observation von Arbeitnehmern/-innen durch die Arbeitgeberin, HAVE 2018, S. 228–230, S. 229 f.; WILDHABER ISABELLE/HÄNSENBERGER SILVIO, Bundesgericht, I. sozialrechtliche Abteilung, Urteil 8C_79/2016 vom 30. Juni 2017, A. gegen Ferrovie Federali Svizzere FFS, öffentliches Dienstrecht (fristlose Entlassung eines SBB-Mitarbeiters wegen Pornokonsums während der Arbeitszeit), AJP 2017, S. 1252–1257, S. 1254; SAGAN ADAM, Cyberslacking: Privatleben vs. Internetüberwachung am Arbeitsplatz – Urteil (Grosse Kammer) vom 5.9.2017 – Nr. 61496/08 – *Bărbulescu*, HSI-Newsletter 3/2017, Anm. unter III; sowie allgemein zur Problematik: WILDHABER ISABELLE/HÄNSENBERGER SILVIO, Internet am Arbeitsplatz, ZBJV 152/2016, S. 307–341.

²⁴²⁷ PÄRLI, Privatsphäre, S. 60.

Eine Einwilligung hat auf der freien Willensbildung zu beruhen, um eine gesetzliche Grundlage zur Datenbearbeitung ersetzen zu können.²⁴²⁸ Im hier untersuchten Kontext besteht die Gefahr, dass der Sozialhilfeempfänger_in durch einen Hinweis auf die Mitwirkungspflichten eine Einwilligung gewissermassen «abgenötigt» wird und so der Schutz von Art. 13 Abs. 2 BV untergraben wird.²⁴²⁹ Die Sanktionen, die an eine Verletzung der Mitwirkungspflichten gebunden sind, beeinträchtigen die freie Willensbildung. Diese wäre aber vorausgesetzt, damit überhaupt ein Ersatz der gesetzlichen Grundlage durch die Einwilligung in Betracht fallen könnte. Um dieses Problem zu beseitigen, müsste das nötigende Element eliminiert werden: Sanktionen wegen der verweigerten Einwilligung in eine Überwachung am sozialhilferechtlichen Arbeitsplatz sollten keine ausgesprochen werden bzw. eine Arbeit sollte nicht als zumutbar beurteilt werden, wenn der Einsatzbetrieb auf einer Überwachung am Arbeitsplatz besteht. Die Erhebung von persönlichen Daten muss sich in jedem Fall – auch wenn eine Einwilligung vorliegt – auf Daten beschränken, die zur Aufgabenerfüllung geeignet und bestimmt sind.²⁴³⁰

Sowohl Bestimmungen in jüngeren Sozialhilfegesetzen²⁴³¹ als auch die Schaffung der gesetzlichen Grundlage im ATSG zur Überwachung von Sozialversicherten haben gezeigt, dass die Gesetzgeberinnen in der Tendenz weitreichende gesetzliche Grundlagen zur Datenerhebung und -bearbeitung schaffen.²⁴³² In diesen Fällen kann unverhältnismässige Gesetzgebung ebenso eine Gefahr für den grundrechtlichen Anspruch darstellen wie eine «abgenötigte» Einwilligung.

²⁴²⁸ Siehe zum Ersatz der gesetzlichen Grundlage mit einer Einwilligung: PÄRLI KURT, IIZ-Datenaustausch: Datenschutz und Datenaustausch in der Interinstitutionellen Zusammenarbeit (IIZ), *digma – Schriften zum Datenrecht*, Band Nr. 8, Zürich 2014, N 33 und N 243; GÄCHTER/EGLI, N 55; WOLFFERS, S. 217; grundsätzlich: SCHEFER, Beeinträchtigung, S. 70 ff.

²⁴²⁹ GÄCHTER/EGLI, N 54; siehe dazu auch BGE 138 I 331 und zur Kritik an dieser Entscheidung, dass eine «Vollmacht auf Vorrat», die zum Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs gegeben werden müsse, gegen das Verhältnismässigkeitsprinzip verstosse und kaum garantiert werden könne, dass die Sozialarbeiter_innen nur in Ausnahmefällen auf die Vollmacht zurückgriffen: WERMELINGER AMÉDÉO, Sozialhilfe = Hosen runter?, *digma* 1/2013, S. 34–37, S. 36 f.

²⁴³⁰ GÄCHTER/EGLI, N 55.

²⁴³¹ Siehe v.a. SHG/BE und dazu GÄCHTER/EGLI und BGE 138 I 331.

²⁴³² Siehe hierzu statt vieler: GÄCHTER THOMAS/MEIER MICHAEL E., *Observation – ein Rechtsinstitut unter Beobachtung*, Jusletter vom 11. Dezember 2017; zur Schaffung einer Rechtsgrundlage für die Observation von Sozialhilfeempfänger_innen in der Stadt Zürich: HENSELER DAVID, *Observation von Sozialhilfebezügern – das Beispiel der Stadt Zürich*, Jusletter vom 11. Dezember 2017.

- 1026 In der Praxis konnte zumindest eine gewisse Sensibilität der Sozialdienste dafür festgestellt werden, dass sie besonders schützenswerte Daten in umfangreicher Art bearbeiten.²⁴³³ Ob diese Sensibilität in den Einsatzbetrieben gegeben ist, kann vorliegend nicht beurteilt werden. Ein Abweichen vom durch den EGMR festgelegten Schutzniveau in Bezug auf die Privatsphäre ist keines Falls zu rechtfertigen, handelt es sich hier doch um grundlegende Persönlichkeitsrechte. Eine klarere Regelung der Rechtsbeziehung zwischen Sozialhilfeempfänger_in und dem Einsatzbetrieb könnte bezüglich der zulässigen Datenbearbeitung Klarheit schaffen.

IX. Zwischenfazit und Beurteilung der schweizerischen Praxis

- 1027 Bisher hat die Berufung auf die abwehrrechtliche Komponente eines Grundrechts in keinem der hier behandelten Gerichtsfälle – und soweit ersichtlich auch sonst in keinem Fall – dazu geführt, dass eine Arbeit in einem sozialhilferechtlichen Beschäftigungsprogramm für unzumutbar erklärt worden wäre. Somit wurde ein Verzicht auf die Ausübung des Grundrechts zugunsten einer Teilnahme an einem Programm immer als zumutbar bewertet und *den Sozialhilfeempfänger_innen ein reduzierter Grundrechtsgenuss zugemutet*, um weiterhin staatliche Leistungen zu erhalten.
- 1028 BGE 139 I 218 zeigt, dass der (faktische) Eingriff in das Grundrecht an Art. 36 BV zu messen ist. Dies ist zwar zu begrüßen, jedoch wurde festgestellt, dass der Eingriff nur als leicht beurteilt wird – es ist davon auszugehen, dass in Bezug auf andere Grundrechte ähnlich argumentiert würde – und die Zumutbarkeit nur die Gesundheit und allfällige Betreuungsaufgaben zu berücksichtigen hat.
- 1029 Dies ist eine *verkürzte Betrachtung*. Bei der Beurteilung der Schwere des Eingriffs sind nach hier begründeter Ansicht die *Konsequenzen mitzubetrachten*, welche an die Nichtteilnahme an einem Beschäftigungsprogramm geknüpft sind. So zeigt sich, dass, wenn der Verlust der Anspruchsberechtigung zum Bezug von Nothilfe oder eine längere substantielle Kürzung der Sozialhilfe angedroht wird, der Eingriff in die durch die BV garantierten Grundfreiheiten ungleich schwerer wird. Es besteht dann die Wahl zwischen der Ausübung des Grundrechts und einer unwürdigen Bettelexistenz. Das konstitutiv-institutionelle Element der Grund-

²⁴³³ Interview S3, S4, P1, P4.

rechte wird so vernachlässigt. Ein Minimum an Leistungen ist also auch aus dieser Sicht stets zu gewähren. Über dieses Minimum hinaus lassen sich jedoch aus den Grundrechten keine abwägungsfesten Leistungsansprüche ableiten und hier werden zumutbare Einschränkungen der grundrechtlichen Positionen hinzunehmen sein.

Die Beurteilung der *Zumutbarkeit* soll sich aber nicht nur danach richten, ob jemand objektiv in der Lage ist, die Arbeit anzunehmen. Vielmehr haben die in den voranstehenden Kapiteln erarbeiteten und nachfolgend zusammengefassten (N 1052) Kriterien berücksichtigt zu werden. Dadurch dürfte sich eine Verschiebung ergeben und die grundrechtlich geschützten Ansprüche zumindest einen Einfluss auf das konkret als zumutbar beurteilte Programm haben.

In der gesetzlichen Definition der Zumutbarkeit drängt es sich auf, etwa mit der Rücksichtnahme auf die *«persönlichen Verhältnisse»* anzuzeigen, dass grundrechtlich geschützte Betätigungsfelder der Zumutbarkeit einer Arbeit entgegenstehen können. Es ist stets zu prüfen, ob nicht Einsätze zur Verfügung stehen, die den persönlichen Verhältnissen und etwa der Religionszugehörigkeit (besser) gerecht werden und sich somit eine Reduktion des Grundrechtsgenusses erübrigt. Insgesamt bleibt aber, solange die Pflicht, an Beschäftigungsprogrammen teilzunehmen, mit Sanktionen verbunden ist, ein *Spannungsfeld bestehen*. Dieses ist ausgeprägter als in den Sozialversicherungen, da die Leistungen der Sozialhilfe eine unmittelbarere Funktion zur Ermöglichung der Grundrechtsausübung einnehmen. Dieses Spannungsverhältnis könnte aufgelöst werden, wenn die *Freiwilligkeit* der Teilnahme an einem Beschäftigungsprogramm zur Regel würde.

Damit die Grundrechte in der ganzen Rechtsordnung verwirklicht werden, ist es unerlässlich, dass von Sozialhilfeempfänger_innen nur Arbeiten verlangt werden, in denen ihre Grundrechte gewahrt sind. Daher liegt es in der Verantwortung der Behörde, zu prüfen, ob z.B. die Religionsfreiheit und das Recht auf Privatsphäre an den jeweiligen Einsatzplätzen gewahrt ist. In diesem Sinne steht auch der Staat in der Pflicht und die *fehlende Inklusivität des Arbeitsmarktes* darf nicht alleine den Sozialhilfeempfänger_innen angelastet werden.

Fazit Teil II und Ausblick

I. Allgemeines

- 1033 Teil II hat drei Aspekte der aktuellen schweizerischen Praxis zum Arbeiten in sozialhilferechtlichen Beschäftigungsverhältnissen aus völker- und verfassungsrechtlicher Sicht untersucht: erstens die aktuelle *Auslegung des Subsidiaritätsprinzips* in der Sozial- und Nothilfe; zweitens die Bedeutung einer allenfalls abweichenden Beurteilung der Subsidiaritätsproblematik in Bezug auf die *Leitidee von Leistung–Gegenleistung*; und drittens wurde nach Kriterien gesucht, die bei der *Beurteilung der Zumutbarkeit* einer Arbeit in einem sozialhilferechtlichen Beschäftigungsverhältnis zu berücksichtigen sind. Dabei wurde eine breite Perspektive gewählt, um der gegenseitigen Abhängigkeit der Grund- und Menschenrechte gerecht zu werden und alle Dimensionen der involvierten Rechte zu berücksichtigen. Diese integrative Auslegung, bei der nicht nur justiziable Teilaspekte der involvierten Rechte berücksichtigt werden, erwies sich verschiedentlich als notwendig, damit die Auswirkungen der rekommodifizierenden Sozialpolitik auf die sozialen und wirtschaftlichen Menschenrechte nicht vernachlässigt werden.
- 1034 So sind auch die nicht justiziablen Dimensionen von Menschenrechten und das beispielsweise überwiegend als programmatisch zu verstehende ILO-Übereinkommen Nr. 122 bindend und bei der Ausgestaltung von sozialhilferechtlichen Beschäftigungsverhältnissen zu berücksichtigen. Ansonsten erfolgen eine unvollständige Beurteilung der Situation und eine Definition der zumutbaren Arbeit, die nicht allen völker- und verfassungsrechtlichen Verpflichtungen Rechnung trägt.

II. Subsidiarität und Anspruchsvoraussetzungen

Die Frage, ob die Auslegung des Subsidiaritätsprinzips, wonach die Teilnahme an einem (entlohnten) Beschäftigungsprogramm eine Anspruchsvoraussetzung für die Not- und Sozialhilfe ist, mit dem übergeordneten Recht vereinbar ist, ist zu verneinen. 1035

Bei vorliegender Bedürftigkeit soll das Nichterfüllen von Arbeitsverpflichtungen nicht zum Entzug jeglicher Leistungen führen. Dieser Befund ergibt sich sowohl aus einer Auslegung von Art. 12 BV im Lichte von Art. 7 BV als auch aus dem Recht auf einen angemessenen Lebensstandard gem. Art. 11 UN-Pakt I und dem Recht auf Soziale Sicherheit gem. Art. 9 UN-Pakt I. Die positiven Leistungen, die der Staat gestützt auf den UN-Pakt I zu erbringen hat, unterliegen – wie die Sozial- und Nothilfe gem. der schweizerischen Praxis – dem Vorbehalt der Subsidiarität, jedoch finden sich keine Anhaltspunkte dafür, dass die Pflicht, an einem Beschäftigungsprogramm teilzunehmen, auf der Anspruchsebene des Subsidiaritätsprinzips anzusiedeln wäre. 1036

Dogmatisch begründet ist dies dadurch, dass den Rechten des UN-Pakts I ein *minimal core* inhärent ist. Aus diesem fließt für den Staat die Verpflichtung, ein Mindestmass an Leistungen bereitzustellen, ohne welches die Pakt-Rechte ihrer Essenz entleert würden. Hier wurde explizit nicht versucht, zu klären, wie hoch die Leistungen, die als *minimal core obligations* gestützt auf den UN-Pakt I zu gewähren sind, zu sein haben und es ist somit eine offene Frage, ob das aktuelle Leistungsniveau von Art. 12 BV diesen Anforderungen genügt. Geklärt ist jedoch, dass die Nothilfe nicht ausreicht, um alle positiven Verpflichtungen aus dem UN-Pakt I einzulösen, und daher zweifelsohne eine völkerrechtliche Pflicht besteht, über Art. 12 BV hinausgehende Sozialhilfe zu gewähren.

Vielmehr ergibt sich aus den völkerrechtlichen Vorgaben, dass Anspruchsvoraussetzungen angemessen, verhältnismässig und transparent zu sein haben und nicht überwiegend auf der Ermessensausübung der Rechtsanwender_innen beruhen dürfen. Daher sollten sie in konkreten gesetzlichen Grundlagen festgehalten sein. Diesen Ansprüchen genügen weder die aktuelle Praxis rund um das Subsidiaritätsprinzip nach Art. 12 BV noch die aktuellen kantonalen Sozialhilfegesetze. Diesbezüglich besteht Anpassungsbedarf (vgl. nachfolgend Kapitel 16, N 1256 ff.). 1037

Nicht nur aus der Menschenwürde und dem Recht auf Existenzsicherung nach dem UN-Pakt I ergibt sich, dass minimale staatliche Unterstützung bei vorliegender Bedürftigkeit nicht von Arbeitsleistungen abhängig gemacht werden darf: Eine integrative Auslegung des *Verbots der Zwangsarbeit* gem. Art. 4 EMRK, 1038

Art. 8 UN-Pakt II und dem ILO-Übereinkommen Nr. 29 führt ebenfalls zu diesem Resultat. Begründet ist dies damit, dass eine Arbeitsverpflichtung i.S. des Zwangsarbeitsverbots *nicht übermässig belastend* sein darf, um nicht von der Definition von Zwangsarbeit erfasst zu werden resp. um von einer Ausnahme profitieren zu können. Eine übermässige Belastung ist dann zu bejahen, wenn keine (würdige) *Möglichkeit zum Ausstieg* aus einer Arbeitsbeziehung besteht. Dieser würdige Ausstieg ist Sozialhilfeempfänger_innen in (entlöhnten) Beschäftigungsprogrammen nicht möglich, da der Nichtantritt oder der Abbruch eines solchen Programms dazu führt, dass sie keinen Anspruch mehr auf diejenigen Mittel haben, die für eine menschenwürdige Existenz notwendig sind.

- 1039 Schliesslich hat die Suche nach einer allfälligen Rechtfertigung von Arbeitspflichten (als Voraussetzung für minimale staatliche Unterstützung) gezeigt, dass sich zumindest aus dem Recht auf Arbeit und insbesondere auch aus den sozialverfassungsrechtlichen Grundsatznormen der BV *keine Pflicht zur Arbeit* ergibt. Vielmehr erwachsen dem Staat aus dem Recht auf Arbeit und dessen Konkretisierung i.S. des Rechts auf frei gewählte Beschäftigung und des Rechts auf günstige und gerechte Arbeitsbedingungen umfassende positive Verpflichtungen. Der Staat hat dafür zu sorgen, dass *alle Personen die Möglichkeit haben, zu würdigen Bedingungen zu arbeiten*. Dies sowie die *Mindestsolidarität*, die mit den Leistungen nach Art. 12 BV und der kantonalen Sozialhilfe umgesetzt werden, unterstreicht, dass strukturelle Probleme des Arbeitsmarktes nicht (ausschliesslich) über besonders restriktive Zumutbarkeitskriterien und rekommifizierende Sozialpolitik zu individuellen Problemen gemacht werden dürfen.²⁴³⁴

Zum selben Schluss, nämlich dass die Verweigerung einer Teilnahme an einem (entlöhnten) Beschäftigungsprogramm kein Anwendungsfall des Subsidiaritätsprinzips sein soll, kommt auch HÄNZI. Sie argumentiert jedoch damit, dass aufgrund der Finanzierung des «Lohns» in Beschäftigungsprogrammen lediglich eine Form von Unterstützung durch eine andere ersetzt werde, dadurch aber keine eigentliche Überwindung der Notlage stattefinde.²⁴³⁵

²⁴³⁴ Dies eine häufige Kritik an der aktivierenden Sozialpolitik, z.B. BUHR PETRA, Ausgrenzung, Entgrenzung, Aktivierung: Armut und Armuts politik in Deutschland, in: Anhorn Roland/Bettinger Frank/Steher Johannes (Hrsg.), Sozialer Ausschluss und Soziale Arbeit: Positionsbestimmungen einer kritischen Theorie und Praxis Sozialer Arbeit, 2. Aufl., Wiesbaden 2008, S. 199–218, S. 208; BUTTERWEGGE CHRISTOPH, Krise und Zukunft des Sozialstaates, 4. Aufl., Wiesbaden 2012, S. 336; WOLFFERS FELIX im Interview mit Der Zeit Schweiz vom 31.01.2019, online: <<https://www.zeit.de/2019/06/felix-wolffers-praesident-schweizerische-konferenz-sozialhilfe-amt-niederlegung-komplettansicht>>, besucht am 30.04.2021; siehe auch: STUDER ET AL., N 2.

²⁴³⁵ HÄNZI, S. 92.

III. Leistung und Gegenleistung

Es wurde also festgestellt, dass ein Mindestmass an Leistungen nicht davon abhängig gemacht werden kann, ob eine Arbeitsleistung in einem Beschäftigungsprogramm erbracht wird. Dies hat auch Auswirkungen darauf, wie der Grundsatz von Leistung und Gegenleistung zu verstehen ist. 1040

Dazu ist zunächst festzustellen, dass sich aus den hier untersuchten Normen keine Begründung für eine Gegenleistungspflicht für diese minimalen Unterstützungsleistungen finden lässt: Das Sozialhilfe- und das Nothilferecht sind gerade *nicht vom Äquivalenzprinzip geprägt*, das heisst, *Leistung und Gegenleistung sind entkoppelt* und die Leistungen beruhen auf einer normativ besonders überzeugenden Begründung der vertikalen Solidarität.²⁴³⁶ Die Menschenwürde fordert zwar, dass Leistungsempfänger_innen Möglichkeiten zur Gegenleistung geboten werden, aber eine Pflicht zur Gegenleistung kann weder daraus noch aus dem Recht auf Arbeit abgeleitet werden. Denn dieses kann nicht als eine Pflicht zur Arbeit interpretiert werden. Vielmehr haben Beschäftigungsprogramme i.S.v. Art. 6 Abs. 2 UN-Pakt I im Einklang mit der Bestrebung zu stehen, Möglichkeiten zur produktiven Vollbeschäftigung zu würdigen Bedingungen zu schaffen. Dies schliesst eine reine Gegenleistungslogik in dem Sinne aus, dass mit der Teilnahme an einem Programm eine Gegenleistung für die erhaltene Hilfe zu erbringen ist. 1041

Aus Sicht des Verbots der Zwangsarbeit ist das öffentliche Interesse daran, dass kein passiver Leistungsbezug erfolgt, sondern eine Gegenleistung für erhaltene Leistungen erbracht wird, zwar an sich ein zulässiges, um jemanden unter Sanktionsandrohung zum Besuch eines Beschäftigungsprogramms anzuhalten. In einer umfassenden Perspektive für die staatlichen Pflichten, die sich aus den Menschenrechten ergeben, ist jedoch festzuhalten, dass sich die Einschränkung der Autonomie, die durch ein Beschäftigungsprogramm stattfindet, nur dann rechtfertigen lässt, wenn das *Ziel der Massnahme* auf die Verwirklichung des Rechts auf Arbeit – als Recht auf die Möglichkeit zu würdiger Arbeit – abzielt, was bedingt, dass die *Reintegrationschancen* durch das Programm erhöht werden. 1042

Insgesamt ist auch nach der umfassenden Analyse zu wiederholen, dass «*Leistung–Gegenleistung*» unter das *Subsidiaritätsprinzip einzuordnen* ist.²⁴³⁷ Falls sich eine Leistung resp. Gegenleistung der Anspruchs- oder Pflichtenebene des Subsidiaritätsprinzips zuordnen lässt, sind die Rechtsfolgen nach diesen Ebenen 1043

²⁴³⁶ Siehe Kapitel 5, N 594.

²⁴³⁷ Siehe bereits: N 164.

zu beurteilen. Ist dies nicht der Fall, so hat die Verletzung einer (diffusen) Gegenleistungspflicht ohne Rechtsfolgen zu bleiben. Konkret heisst dies, dass eine verweigerte «Gegenleistung» nicht dazu führen soll, dass die Leistungen gem. Art. 12 BV mangels Anspruchsvoraussetzungen eingestellt werden. Eine Gegenleistung kann also nicht Voraussetzung für die Nothilfeleistungen nach Art. 12 BV sein.²⁴³⁸ Der *Kerngehaltscharakter* und das *Finalprinzip* der Leistungen widersprechen einer solchen Verbindung.²⁴³⁹ Zudem wird dadurch die Eigenverantwortung überstrapaziert und Art. 12 BV mit Workfare-Elementen konditioniert²⁴⁴⁰ und so nicht sichergestellt, dass die *minimal core obligations* jederzeit erfüllt werden.

Das Bundesgericht hat zumindest erkannt, dass die Teilnahme an einem nicht entlöhnten Beschäftigungsprogramm eine sachfremde Gegenleistungspflicht ist, da damit nicht zur Überwindung der Bedürftigkeit beigetragen wird.²⁴⁴¹

1044 Auch in Bezug auf die weiterreichenden Leistungen der Sozialhilfe führt das Prinzip von Leistung und Gegenleistung zur Verneinung eigentlich legitimer und menschenrechtlich abgesicherter Leistungsansprüche. Denn wie ZATZ treffend festgestellt hat, ist nur schwer ein Unterschied zu erkennen zwischen einer Situation, in der man einer Person die Unterstützung versagt, und einem Gewähren von CHF 100 dafür, dass eine Leistung von CHF 100 erbracht wurde.²⁴⁴² Eine Kürzung von Sozialhilfeleistungen in Form einer Sanktion wegen Nichtteilnahme an einem Beschäftigungsprogramm kann dann erfolgen, wenn darin eine Verletzung der sozialhilferechtlichen Minderungspflicht i.S. des Subsidiaritätsprinzips zu erblicken ist – wenn es sich also um eine Massnahme handelt, welche die berufliche Lage verbessert und diese auch zumutbar wäre.²⁴⁴³ Demnach hat die Massnahme mit dem Ziel der Minderung der Bedürftigkeit und der Verbesserung der beruflichen Integration im Einklang zu stehen und die allfällige Sanktion rechtsstaatlichen Grundsätzen zu genügen.

1045 Fehlt es an diesem Ziel der Verbesserung der beruflichen Lage und geht es lediglich darum, «der Gesellschaft etwas zurückzugeben», handelt es sich um eine sachfremde Bevormundung, selbst wenn davon ausgegangen wird, dass darin auch die Möglichkeit der Sozialhilfeempfänger_in besteht, ihre Solidarität für

²⁴³⁸ Noch um Klärung suchend: PÄRLI, Auswirkungen, S. 114.

²⁴³⁹ Deutlich und überzeugend: BIGLER-EGGENBERGER, N 19 sowie N 23 zu Art. 12 BV.

²⁴⁴⁰ WIZENT, S. 119.

²⁴⁴¹ Vgl. BGE 142 I 1.

²⁴⁴² Siehe: N 709.

²⁴⁴³ Ähnlich auch Urteil BGer 2P.115/2001 v. 11.09.2001, E. 2c.

die erhaltene Hilfe auszudrücken.²⁴⁴⁴ Eine Sanktion fällt hier ausser Betracht, da es sich nicht um eine Massnahme handelt, die mit dem Ziel der Sozialhilfe vereinbar ist. Eine Anreizzahlung für das allenfalls sozial erwünschte Verhalten in Form einer Integrationszulage ist aber zu gewähren, wenn keine wirtschaftlich verwertbare Leistung erfolgt und das Programm lediglich dem Erhalt einer Tagesstruktur dienen soll, um die soziale Desintegration zu verhindern.²⁴⁴⁵ In anderen Programmen ist ein angemessener Lohn zu bezahlen und das Gewähren von Integrationszulagen erübrigt sich.

Somit scheint also die Idee von Leistung und Gegenleistung wenig zur Klärung der Frage nach den Grenzen von Arbeitsverpflichtungen für Sozialhilfeempfänger_innen beizutragen. Jedoch lässt sich darin durchaus eine Tendenz und eine Gefahr erkennen, dass es zu einer Einteilung in «würdige» und «unwürdige» Sozialhilfeempfänger_innen kommt: Diejenigen, die sich in einem Beschäftigungsprogramm solidarisch und dankbar für die erhaltene Hilfe zeigen, und diejenigen, die sich nicht selber organisieren können und nicht einmal auf monetäre Anreize reagieren.²⁴⁴⁶ 1046

IV. Kriterien zur Zumutbarkeit einer Arbeit

A. Allgemeines

Die Selbstverantwortung erfährt durch das Völker- und Verfassungsrecht im ausgeführten Sinne dadurch eine wichtige Einschränkung, dass Arbeiten unter Androhung des Verlusts der Anspruchsberechtigung zum Bezug von minimaler staatlicher Hilfe *per se* als unzumutbar beurteilt werden müssen. 1047

Die Vorgaben der Sozialverfassung fordern, dass die *Selbstverantwortung darauf beschränkt wird, was «nach Kräften» geleistet werden kann*, und dass die Zumutbarkeit umfassend betrachtet wird. Eine solche umfassende Betrachtung der Zu- 1048

²⁴⁴⁴ Ähnlich: WIZENT, S. 249.

²⁴⁴⁵ So auch: WIZENT, S. 239.

²⁴⁴⁶ Siehe: STAUB-BERNASCONI SILVIA, Die würdigen und unwürdigen Armen. Menschenwürdige Existenz und Sozialarbeitswissenschaft, in: Schmid Walter/Tecklenburg Ueli (Hrsg.), Menschenwürdig leben?: Fragen an die Schweizer Sozialhilfe: eine Publikation zum 100-jährigen Bestehen der Schweizer Konferenz für Sozialhilfe (SKOS), Luzern 2005, S. 113–132, S. 128.

mutbarkeit hat sowohl den positiven als auch den negativen menschenrechtlichen Verpflichtungen gerecht zu werden. Eine zumutbare Arbeit hat zusammengefasst zur Verwirklichung der Grundrechte beizutragen, ohne gleichzeitig in diese einzugreifen.

- 1049 Zentral ist dabei die staatliche Pflicht, die sich aus dem Recht auf Arbeit ergibt: Der Staat hat die Pflicht, *Möglichkeiten zur würdigen Arbeit* bereitzustellen, und die Einzelnen haben ein Recht auf die Möglichkeit, zu würdigen Bedingungen zu arbeiten. Beschäftigungsprogramme für Sozialhilfeempfänger_innen können zur Verwirklichung dieses Rechts auf die Möglichkeit zu würdiger – frei gewählter und produktiver – Arbeit beitragen. Allerdings bedingt dies, dass eine aktivierende Sozialpolitik mit einer aktiven Arbeitsmarktpolitik begleitet wird, weil eine geforderte Integration in einen Arbeitsmarkt, der nicht genügend offene Stellen zu akzeptablen Bedingungen freihält, einer Forderung nach dem Unmöglichen gleichkommt und somit die Förderung der Integration ein leeres Versprechen bleibt. Ebenfalls bedingt dies, dass Beschäftigungsprogramme sich in gewissen Schranken bewegen. *Schlagworte wie «jede Arbeit ist besser als keine Arbeit» sind daher abzulehnen.* Eine Arbeit, die als nicht würdig beschrieben werden muss und die eine Person lediglich annimmt, weil sie in ihrer Lage keine andere Möglichkeit hat, sodass sie auch Arbeitsbedingungen akzeptiert, die in einem anderen Kontext als unzumutbar gelten, ist nicht «besser als keine Arbeit» und auch in einem sozialhilferechtlichen Beschäftigungsprogramm nicht zu akzeptieren.
- 1050 Die Zusammenfassung von TRENK-HINTERBERGER in Bezug auf Art. 27 BRK scheint insgesamt geeignet zur Übertragung auf die Sozialhilfe, um der aktivierenden Sozialhilfepolitik eine menschenrechtskonforme Richtung vorzugeben. Entsprechend ist anzustreben, dass so wenig «Sonderarbeitswelten» – also Arbeiten ausserhalb der Strukturen des ersten Arbeitsmarktes – wie möglich bestehen; falls solche bestehen, sollen sie so normal wie möglich sein; und der (erste) Arbeitsmarkt soll so inklusiv wie möglich sein, selbst wenn dies teilweise Eingriffe in die unternehmerische Freiheit bedingt (siehe N 932).

B. Konkrete Kriterien

- 1051 Eine umfassende Betrachtung, die der Konkretisierung des Begriffs «würdige Arbeit» und somit der «zumutbaren Arbeit» dient, zeigt, dass sowohl objektive als auch subjektive Kriterien für die Beurteilung einer Arbeit in sozialhilferechtlichen Beschäftigungsprogrammen ausschlaggebend sind. Als objektive Kriterien werden diejenigen berücksichtigt, welche objektiv feststellbare Rahmenbedingun-

gen betreffen; als subjektive solche, die in der Person der Sozialhilfeempfänger_in begründet sind. Dabei ergeben sich die in den zwei nachfolgenden Tabellen zusammengefassten Kriterien.

Tabelle 4: Zusammenfassung objektive Kriterien (eigene Recherche)

Objektive Kriterien	Begründet durch ...
<i>Keine Sittenwidrigkeit</i> der Arbeit	Menschenwürde gem. Art. 7 BV (N 625 und N 637)
Geeignet, um die <i>Reintegrationschancen</i> zu erhöhen und das Integrationsziel zu erreichen	Recht auf Arbeit (N 707 ff., N 720); Recht auf frei gewählte Arbeit (N 809 ff., N 829); Recht auf Existenzsicherung (N 654 f.); aber auch bereits: Ziel und Aufgaben der Sozialhilfe (vgl. N 159, N 363)
<i>Arbeitsbedingungen</i> , die nicht derart sind, dass eine Zwangslage ausgenutzt wird	Recht auf (würdige) Arbeit (N 714); Verbot der Zwangsarbeit (N 754); je konkretisiert durch das Recht auf frei gewählte Beschäftigung (N 792, N 814) und das Recht auf günstige und gerechte Arbeitsbedingungen (Kapitel 11 insgesamt)
– <i>Leistungsgerechter Lohn</i> ; – ausser bei Freiwilligkeit und ausdrücklichem Verzicht darauf	Recht auf günstige und gerechte Arbeitsbedingungen (N 876 ff., N 913 f.)
– <i>Angemessener Lohn, um den Lebensunterhalt zu verdienen</i> ; – ausser bei Qualifizierungsprogramm, bei Leistungseinschränkungen oder bei Freiwilligkeit	Recht auf günstige und gerechte Arbeitsbedingungen (N 876 ff., N 913 f.)
– <i>Anwendung des ArG oder gleichwertiger Schutzmassnahmen für die Gesundheit</i>	Recht auf günstige und gerechte Arbeitsbedingungen (N 894 ff., N 916 f.)
– <i>Keine exzessive Arbeitszeit; insbesondere Zeit zur Stellensuche auf dem ersten Arbeitsmarkt</i>	Recht auf frei gewählte Arbeit (N 815); Recht auf günstige und gerechte Arbeitsbedingungen (N 895 ff., N 900)
Wahrung der <i>Persönlichkeitsrechte</i> am Arbeitsplatz (inkl. Privatsphäre und Schutz vor Missbrauch und Misshandlung)	Verbot der Zwangsarbeit (N 780); Analogie zum IFEG (N 943); Recht auf informationelle Selbstbestimmung (N 1022 ff.)

1052

Objektive Kriterien	Begründet durch ...
Möglichkeit zur <i>würdigen Beendigung</i> der Arbeitsstelle	Verbot der Zwangsarbeit (N 772 ff., N 782 ff.)
– <i>Ausstiegsmöglichkeit i.S. einer Grundsicherung</i>	Recht auf Existenzsicherung (N 656 ff., N 668); Verbot der Zwangsarbeit (N 758); die in Kapitel 13 behandelten Rechte (N 968, N 1029)
– <i>Keine Androhung von Ausschaffung oder körperlicher Gewalt</i>	Verbot der Zwangsarbeit (Analogie Leibeigenschaft, N 768 ff.)
– <i>Keine Strafandrohung (nach Art. 292 StGB)</i>	Verbot der Zwangsarbeit (N 782)
– <i>Befristung der verpflichtenden Programmteilnahme</i>	Recht auf frei gewählte Arbeit (N 829)

Tabelle 5: Zusammenfassung subjektive Kriterien (eigene Recherche)

1053

Subjektive Kriterien	Begründet durch ...
Alter	Verbot der Zwangsarbeit (Analogie zu den Strafgefangenen: N 766, N 781)
Gesundheit	Verbot der Zwangsarbeit (Analogie zu den Strafgefangenen: N 766, N 781)
Persönliche Verhältnisse/Persönliche Situation	Menschen- und Grundrechte gem. Kapitel 13 (N 1031); Verbot der Zwangsarbeit (N 755 ff., N 781)
Fähigkeiten, Stärken, Qualifikationen	Verbot der Zwangsarbeit (N 757; Analogie zu Strafgefangenen: N 766, N 781); Recht auf frei gewählte Arbeit (N 816, N 832); BRK (N 949)
Individuelle Präferenzen, Interessen und Wünsche	Menschenwürde (N 633); Recht auf frei gewählte Arbeit (N 832); BRK (N 947, N 949)

1054

Zusätzlich hat die Untersuchung gezeigt, dass eine *verfahrensrechtliche Gerechtigkeit* herzustellen ist und mit der Gewährung eines *Mitspracherechts* und des rechtlichen Gehörs bei der Auswahl des Programms ebenfalls zur umfassenden Realisierung der Menschenwürde als Konkretisierung des Instrumentalisierungsverbots beigetragen wird (siehe N 634 f., N 637). Auch das Verbot der Zwangsarbeit (N 757) und das Recht auf frei gewählte Arbeit fordern (N 816, N 831), dass ein Recht auf Mitsprache bei der Auswahl des Programms gegeben ist, woraus auch fließt, dass die subjektiven Kriterien nicht unbeachtet bleiben dürfen.

Vergleicht man diese Kriterien mit denjenigen, die sich derzeit in den kantonalen Gesetzen finden und die durch die Rechtsprechung berücksichtigt werden, ergeben sich *erhebliche Diskrepanzen*. So wird etwa offensichtlich, dass Art. 8g SHV/BE diesen Vorgaben nicht genügt, ist doch eine Teilnahme am Qualifizierungs-, Beschäftigungs- oder Integrationsprogramm nur dann nicht zumutbar, wenn gesundheitliche Gründe oder Betreuungsaufgaben dagegensprechen. Diese Norm ist keiner Auslegung zugänglich, die mit diesen Vorgaben vereinbar wäre – die Diskrepanzen bleiben in der Praxis bestehen. Mit der in Kapitel 3 (N 433 insbes.) festgestellten Reduktion der Zumutbarkeit darauf, ob jemand objektiv in der Lage ist, an einem Beschäftigungsprogramm teilzunehmen, werden die hier erarbeiteten Zumutbarkeitskriterien durchgehend missachtet. 1055

Aus den objektiven Kriterien ergibt sich zudem klar, dass eine zumutbare Arbeit nur eine sein kann, die abgelehnt werden darf, ohne dass jegliche Existenzgrundlagen entzogen werden. Auch aus dieser Perspektive ist also die aktuelle Auslegung des Subsidiaritätsprinzips in der Sozial- und Nothilfe abzulehnen. 1056

C. Freiwilligkeit?

Ein gesondert zu beachtendes Kriterium ist dasjenige der *Freiwilligkeit*. Aus grund- und menschenrechtlicher Sicht ist die fehlende Freiwilligkeit von Beschäftigungsprogrammen durchwegs problematisch. Erst durch die (indirekten) Zwangselemente ergibt sich das grundrechtliche Spannungsfeld, dass Beschäftigungsprogramme einen staatlichen Eingriff in die Autonomie darstellen, aber gleichzeitig (potentiell) eine positive Leistung, die zur Grundrechtsverwirklichung notwendig sein kann. Aus Sicht der abwehrrechtlichen Dimensionen der Grundrechte ergibt sich *kein absoluter Anspruch auf Freiwilligkeit* von Beschäftigungsprogrammen (vgl. Kapitel 13); auch aus den in Kapiteln 6–11 behandelten menschenrechtlichen Verpflichtungen lässt sich dies nicht ableiten. Mit einer Forderung nach Freiwilligkeit der Massnahmen würde das grundrechtliche Spannungsfeld also in erster Linie vermieden. Das kann eine mögliche – und nach hier vertretener Ansicht auch anzustrebende – Strategie sein, sie drängt sich jedoch nach dieser umfassenden Betrachtung nicht zwingend auf. Hingegen hat im Anwendungsbereich der BRK, also wenn gesundheitlich beeinträchtigte Personen an einem Beschäftigungsprogramm teilnehmen sollen, eine Programmteilnahme auf Freiwilligkeit zu beruhen (siehe N 950). 1057

Es ist jedoch festzuhalten, dass, wenn die Massnahmen nicht freiwillig sind und eine Nichtteilnahme mit Kürzungen der Sozialhilfe verbunden wird, besondere 1058

Schutzmechanismen greifen müssen. Als Erstes ist sicherzustellen, dass nicht freiwillige Teilnahmen an Beschäftigungsprogrammen auch tatsächlich *geeignet* sind, das Ziel der (Wieder-)Eingliederung in den Arbeitsmarkt zu erreichen. Diese Frage lässt sich nicht aus einer rein juristischen Sicht beantworten, sondern hat unter Berücksichtigung von sozial- und wirtschaftswissenschaftlichen Studienergebnissen im Einzelfall beurteilt zu werden. Derzeit liegen diesbezüglich keine aussagekräftigen Untersuchungen vor und es scheint plausibel, dass gerade unfreiwillige Programmteilnahmen tendenziell nicht geeignet sind, zur Reintegration beizutragen.²⁴⁴⁷

Die Untersuchung, die den Integrationsprogrammen im Kanton Bern insbesondere positive Effekte für die Gesundheit und die Zufriedenheit attestiert, hat beispielsweise nicht untersucht, ob diese Wirkungen auch bei einer unfreiwilligen Teilnahme eintreten.²⁴⁴⁸

- 1059 Weiter kann eine Arbeit, die keinen leistungsgerechten Lohn bietet, nur dann zumutbar sein, wenn sie nicht unter Androhung von Leistungsreduktionen angenommen werden muss; dasselbe gilt für die Angemessenheit des Lohnes (siehe N 913 f.). Zudem ist den verfahrensrechtlichen Grundrechten, v.a. dem rechtlichen Gehör, besonderes Gewicht beizumessen, wenn eine Massnahme gegen den Willen der betroffenen Person verfügt werden soll, um zu verhindern, dass die Person lediglich zum Objekt staatlicher Handlungen verkommt. Schliesslich ist die unfreiwillige Programmteilnahme aus Sicht des Rechts auf frei gewählte Beschäftigung zu befristen (siehe N 829).
- 1060 Andere Kriterien sind auch bei freiwilligen Massnahmen zwingend einzuhalten: Eine Unterschreitung des analog zum ArG vorzusehenden Gesundheitsschutzes ist nicht möglich und eine Versicherung gegen Betriebs- und Nichtbetriebsunfälle ist auch bei freiwilligen Programmteilnahmen unumgänglich (siehe N 917).

D. Fähigkeiten oder angestammter Beruf?

- 1061 Hervorzuheben ist, dass die Massnahmen den *Fähigkeiten* zu entsprechen haben, was sich nicht auf die minimalen Fähigkeiten beschränkt, sondern auch die Aspirationen, Interessen und Wünsche einschliesst. Die Fähigkeiten in diesem Sinne positiv zu berücksichtigen, scheint auch i.S. der Steigerung der Eingliederungs-

²⁴⁴⁷ In diesem Sinne auch: STUDER ET AL., N 117; siehe auch: Bundesverfassungsgericht, 1 BvL 7/16, Urteil des Ersten Senats vom 5. November 2019, 132 ff.

²⁴⁴⁸ Vgl. FRISTSCHI TOBIAS/NEUENSCHWANDER PETER/WETZ SAMUEL, Nachhaltige Wirkungen der Integrationsprogramme, ZESO 4/2019, S. 24 f.; siehe auch: N 388.

chancen durch ein Programm angezeigt – ist es doch wahrscheinlicher, dass ein Arbeitseinsatz, der auf vorhandenen Fähigkeiten aufbaut oder zumindest an sie anknüpft, die Arbeitsmarktfähigkeit eher steigert.

Der Begriff der Fähigkeiten umfasst die beruflichen Qualifikationen, aber nicht nur: Eine Arbeit kann auch zumutbar sein, wenn sie nicht dem vormaligen Beruf entspricht, insbesondere wenn im ehemaligen Beruf keine Aussicht auf (existenzsichernde) Reintegration in den ersten Arbeitsmarkt besteht. Eine Berücksichtigung der Fähigkeiten ist i.S. der Rechtsgleichheit notwendig, da ansonsten nicht gesichert werden kann, dass «Gleiches, nach Massgabe seiner Gleichheit, gleich und Ungleiches, nach Massgabe seiner Ungleichheit, ungleich behandelt wird» (vgl. N 390). Das Individualisierungsprinzip der Sozialhilfe spricht ebenfalls für diese differenzierte Beurteilung. 1062

V. Ausblick

Bisher ist noch offengeblieben, ob sich die Regelungen im AVIG zur Zumutbarkeit von Arbeit zur Übertragung auf sozialhilferechtliche Beschäftigungsverhältnisse eignen. Dieser Frage widmet sich das folgende Kapitel 14. Ebenfalls offen ist, ob sich die Regelungen der Invalidenversicherung zur Übertragung auf gesundheitlich beeinträchtigte Sozialhilfeempfänger_innen eignen. Diese Frage wird in Kapitel 15 behandelt. Schliesslich werden in Teil IV Handlungsempfehlungen formuliert. Diese richten sich an verschiedene Akteur_innen und mit deren Umsetzung sollen die bereits festgestellten Unzulänglichkeiten der schweizerischen Praxis in Bezug auf das Subsidiaritätsprinzip, die Idee von Leistung und Gegenleistung und die Zumutbarkeit der Arbeit im engeren Sinne behoben werden, um das Arbeiten in sozialhilferechtlichen Beschäftigungsverhältnissen den völker- und verfassungsrechtlichen Anforderungen anzugleichen. 1063

Teil III:
**Sozialversicherungsrechtliche
Regelungen als Alternative?**

Kapitel 14 Arbeitslosenversicherung

I. Einleitung

Der Begriff der «zumutbaren Arbeit» ist im Bereich der aktivierenden Reformen, welche die Sozialversicherungen erfahren haben, wie bereits in Kapitel 1 (N 115 f.) gezeigt, ein Schlüsselbegriff. Dieses Kapitel widmet sich der Frage, ob Regelungen aus dem Arbeitslosenversicherungsrecht für eine analoge Anwendung auf sozialhilferechtliche Beschäftigungsprogramme geeignet sind. 1064

In der ALV ist der Begriff «zumutbare Arbeit» v.a. als Begrenzung der Schadenminderungspflicht und der Selbstverantwortung relevant.²⁴⁴⁹ Diese umfasst gem. Art. 17 AVIG die Pflicht, alles Zumutbare zu unternehmen, um die Arbeitslosigkeit zu verkürzen oder zu verhindern. Daraus fliesst die Pflicht, eine zumutbare Arbeit zu suchen und anzunehmen und an zumutbaren arbeitsmarktlichen Massnahmen teilzunehmen. 1065

Im Gegensatz zum Sozialhilferecht ist die Zumutbarkeit im ganzen Sozialversicherungsrecht Gegenstand umfassender Auseinandersetzungen in Lehre²⁴⁵⁰ und Rechtsprechung²⁴⁵¹ und das AVIG umschreibt «zumutbare Arbeit» gesetzlich (vgl. Art. 16 AVIG). Diese Umschreibung ist nicht erst seit den aktivierenden Reformen relevant, sondern bestimmt seit jeher die Anspruchsberechtigung (vgl. Art. 15 AVIG), die Zulässigkeit von Leistungskürzungen wegen Selbstverschulden (Art. 30 AVIG) und allgemein das Ausmass der Schadenminderungspflicht der Versicherten (vgl. Art. 16 und 17 AVIG). Des Weiteren definiert das AVIG auch, 1066

²⁴⁴⁹ Siehe zur Bedeutung der Schadenminderungspflicht als Rechtsgrundsatz N 52 ff.

²⁴⁵⁰ Siehe z.B.: LANDOLT; MURER, Zumutbarkeit; MAURER; BRUNNER; für eine grundrechtliche Perspektive auch: WEHRLI, insbes. S. 141 ff.

²⁴⁵¹ Beispiele aus dem Bereich der ALV: BGE 139 V 526; Urteil BGer 8C_577/2011 v. 31.08.2012; Urteil BGer 8C_1021/2012 v. 10.05.2013; Urteil BGer 8C_713/2016 v. 24.01.2017.

was als «zumutbare Arbeit» im Rahmen von arbeitsmarktlichen Massnahmen²⁴⁵² gilt (vgl. Art. 64a Abs. 2–4 AVIG).²⁴⁵³

- 1067 Die Frage, ob diese Regelungen für Sozialhilfeempfänger_innen analog anzuwenden sind, wurde verschiedentlich aufgeworfen: Das Bundesgericht und kantonale Gerichte erwägen in ihrer Rechtsprechung zu sozialhilferechtlichen Beschäftigungsprogrammen, teilweise Art. 16 AVIG heranzuziehen, um die Zumutbarkeit von sozialhilferechtlichen Beschäftigungsprogrammen zu beurteilen (siehe N 392 f. und N 399 ff.). Der Kanton Waadt sieht in seinen gesetzlichen Grundlagen vor, dass vermittlungsfähige Sozialhilfeempfänger_innen den Regeln des AVIG unterstehen und dass die Zumutbarkeitsregeln des AVIG anwendbar sind (siehe N 358 ff.). Zudem ergeben sich aus der internationalen Praxis Hinweise darauf, dass die Kriterien der Arbeitslosenversicherung auf sozialhilferechtliche Beschäftigungsprogramme zu übertragen sind (Kapitel 10, N 817 ff.).
- 1068 In der schweizerischen Lehre hat sich diesbezüglich bisher kein Konsens herausgebildet.²⁴⁵⁴ NUSSBAUMER geht davon aus, dass Art. 16 AVIG alle Leistungszweige der ALV erfasse und eine Leitfunktion für andere Rechtsgebiete einnehme, etwa für das Sozialhilferecht.²⁴⁵⁵ Auch andere Autor_innen nehmen zur Bestimmung der Zumutbarkeit einer Arbeit im sozialhilferechtlichen Kontext Bezug auf die Bestimmung in Art. 16 AVIG.²⁴⁵⁶ RIEMER-KAFKA äusserte sich 2005 dahingehend, dass in der Sozialhilfe ein strengerer Massstab gelten sollte als in der (beitragsfinanzierten) ALV.²⁴⁵⁷ In einer späteren Publikation ging die Autorin zusammen mit SHERIFOSKA davon aus, dass die Religionsfreiheit in sozialhilferechtlichen Beschäftigungsprogrammen genau wie in der Arbeitslosenversicherung geschützt werden sollte.²⁴⁵⁸
- 1069 Nachfolgend wird zunächst dargelegt, wie die einschlägigen völkerrechtlichen Normen – insbesondere das ILO-Übereinkommen Nr. 168 – die zumutbare Arbeit

²⁴⁵² Siehe zu diesen ausführlich: LEU.

²⁴⁵³ Zu den arbeitsmarktlichen Massnahmen gehören auch Beschäftigungsmassnahmen für arbeitslose Personen, worunter etwa Programme zur vorübergehenden Beschäftigung fallen.

²⁴⁵⁴ Für strengere Kriterien: RIEMER-KAFKA, S. 150; anlehnend daran: WALDMANN, S. 354; für analoge Anwendung der AVIG-Kriterien: COULLERY, S. 88; WOLFFERS, S. 109; WIZENT, S. 245.

²⁴⁵⁵ NUSSBAUMER, N 290, mit Hinweis auf BGE 130 I 71, E. 5.3.

²⁴⁵⁶ Siehe Fn. 2454.

²⁴⁵⁷ RIEMER-KAFKA, Hilfe in Notlagen, S. 150.

²⁴⁵⁸ RIEMER-KAFKA/SHERIFOSKA, S. 320, Fn. 162.

in der Arbeitslosenversicherung umschreiben (II), bevor Art. 16 AVIG detaillierter beleuchtet und der Regelungszweck der Teilabsätze erläutert wird (III). Danach folgen Ausführungen zur Zumutbarkeit von Programmen zur vorübergehenden Beschäftigung und zu arbeitsmarktlichen Massnahmen gem. Art. 64a AVIG (IV). Zusammen mit den Ausführungen zu den Sanktionen bei einem Nichtantritt einer zumutbaren Arbeit (V) erlaubt dies, festzustellen, ob die Regeln des AVIG kompatibel sind mit den völkerrechtlichen Vorgaben (VI), und ein abschliessendes Fazit darüber, ob sich die Normen des AVIG zur analogen Anwendung auf sozialhilferechtliche Beschäftigungsprogramme eignen (VII).

II. Völkerrechtlicher Rahmen

Wie in N 697 gesehen, ist der Schutz vor Arbeitslosigkeit Teil des Rechts auf Arbeit und bereits in Art. 23 AEMR angesprochen. Die Arbeitslosenversicherung ist dementsprechend im Zusammenhang mit dem Recht auf Arbeit und dem dadurch verfolgten Ziel der frei gewählten und produktiven Vollbeschäftigung zu verstehen.

Konkretisiert wird der zu bietende Schutz vor Arbeitslosigkeit im ILO-Übereinkommen Nr. 102 über die Mindestnormen der Sozialen Sicherheit. Dieser Schutz ist Personen zu bieten, die arbeitsfähig und arbeitsbereit sind, aber keine zumutbare Beschäftigung haben (Art. 20 ILO-Übereinkommen Nr. 102). Was eine zumutbare Beschäftigung ist, wird im ILO-Übereinkommen Nr. 102 nicht vertieft.

Vorschriften zur Ausgestaltung der Arbeitslosenversicherung kennt Teil IV der Europäischen Ordnung der Sozialen Sicherheit.²⁴⁵⁹ Dieser Teil des Abkommens ist für die Schweiz jedoch nicht bindend.²⁴⁶⁰

Näher umschrieben wird das Arbeitslosenversicherungssystem durch das ILO-Übereinkommen Nr. 168. Demnach soll zumindest während 26 Wochen Arbeitslosigkeit Anspruch auf finanzielle Unterstützung geboten werden.²⁴⁶¹ Die Zumutbarkeit einer Arbeit wird in Art. 21 Abs. 2 ILO-Übereinkommen Nr. 168 und der dazugehörigen ILO-Empfehlung Nr. 176 näher umschrieben.²⁴⁶²

²⁴⁵⁹ Vom 16. April 1964, SR 0.831.104.

²⁴⁶⁰ Siehe Vorbehalte und Erklärung zur Europäischen Ordnung der Sozialen Sicherheit.

²⁴⁶¹ Art. 19 Abs. 2 lit. a ILO-Übereinkommen Nr. 168.

²⁴⁶² Siehe dazu: DERMINE, *Suitable Employment*, S. 165.

- 1073 Gemäss Art. 21 Abs. 2 ILO-Übereinkommen Nr. 168 ist bei der Beurteilung der Zumutbarkeit einer Arbeit Folgendes zu berücksichtigen: das Alter; die Dauer der Tätigkeit im früheren Beruf der Arbeitslosen; die erworbene Erfahrung; die Dauer der Arbeitslosigkeit; die Gegebenheiten des Arbeitsmarktes; die Auswirkungen dieser Beschäftigung auf die persönliche und familiäre Lage der Betroffenen; der Umstand, ob die Beschäftigung als unmittelbare Folge einer auf eine laufende Arbeitsstreitigkeit zurückzuführenden Arbeitseinstellung frei ist.
- 1074 Die ILO-Empfehlung Nr. 176 präzisiert in Ziff. 14, dass der Begriff der «zumutbaren Beschäftigung» keine Anwendung finden sollte auf eine Arbeit,
- die mit einem Berufswechsel verbunden ist und den Fähigkeiten, den Qualifikationen, den Kenntnissen, der Berufserfahrung oder den Umschulungsmöglichkeiten des Betreffenden nicht Rechnung trägt (lit. a);
 - die mit einer Verlegung des Wohnsitzes an einen Ort verbunden ist, an dem keine geeignete Unterkunft verfügbar ist (lit. b);
 - deren Bedingungen und Entlohnung erheblich ungünstiger sind als jene, die im Allgemeinen zu dem jeweiligen Zeitpunkt in dem Beruf und in dem Gebiet, in dem die Beschäftigung angeboten wird, gewährt werden (lit. c);
 - die als unmittelbare Folge einer auf eine laufende Arbeitsstreitigkeit zurückzuführenden Arbeitseinstellung frei geworden ist (lit. d);
 - deren Ablehnung aus einem anderen Grund als den in den Buchstaben a–d erwähnten und unter Berücksichtigung aller Begleitumstände, insbesondere der Familienpflichten des Betreffenden, ihm nicht zum Vorwurf gemacht werden kann.

Zudem sollen bei der Beurteilung von lit. a, b, c und e die in Art. 21 Abs. 2 ILO erwähnten Kriterien berücksichtigt werden.

Mit den gruppenspezifischen UN-Menschenrechtskonventionen, insbesondere der BRK, der RDK und der CEDAW, verpflichtete sich die Schweiz zudem, dieselben Leistungen bei Arbeitslosigkeit ohne jegliche Diskriminierung aufgrund einer Behinderung, der Rasse oder des Geschlechts zu gewähren (siehe Art. 28 BRK; Art. 5 lit. e Ziff. i RDK; Art. 11 Abs. 1 lit. e CEDAW).

- 1075 Das ILO-Übereinkommen Nr. 168 kann als eines der frühen Beispiele des Paradigmenwechsels hin zur Aktivierung der Leistungsbezüger_innen gelten.²⁴⁶³ Die Konvention wird entsprechend dafür kritisiert, dass sie sich vom ursprünglichen Ziel der ILO-Konventionen – laufende Verbesserung der wirtschaftlichen Absicherung durch soziale Sicherheit – entferne, indem die Anforderung an Leistungs-

²⁴⁶³ LAMARCHE, S. 109; VANDENHOLE, S. 97.

dauer und Leistungshöhe im Falle von Arbeitslosigkeit gesenkt würden.²⁴⁶⁴ Die Praxis des ILO-Expert_innenkomitees zeigt sich jedoch differenziert und setzt das Übereinkommen in Bezug zu den weiteren Aspekten des Rechts auf Arbeit und zum allgemein zu verfolgenden Ziel, der frei gewählten und produktiven Vollbeschäftigung.²⁴⁶⁵

Der Begriff der zumutbaren Arbeit, resp. das Arbeitslosenversicherungssystem an sich, solle nicht benutzt werden, um arbeitslose Personen in jede Art von freien Arbeitsplätzen zu drängen. Die Drohung, bei einer Ablehnung einer zumutbaren Arbeit überhaupt kein Einkommen mehr zur Verfügung zu haben, würde den Sinn und Zweck der Arbeitslosenversicherung untergraben. Wenn alle Personen als gewöhnliche Arbeiter_innen behandelt würden, die lediglich physisch und mental arbeitsfähig sein müssten, führe dies zu einer (Re-)Kommodifizierung von Arbeit und einer Negierung des Prinzips «Arbeit ist keine Ware», wie es in der ILO-Verfassung festgeschrieben sei.²⁴⁶⁶ Das ILO-Übereinkommen Nr. 168 lässt keine Abwägung zwischen der Zumutbarkeit einer Arbeit und der Dauer der Arbeitslosigkeit zu: Eine längere Bezugsdauer kann nicht mit der Voraussetzung verbunden werden, weniger passende Arbeit anzunehmen. Eine Unterscheidung zwischen Kurz- und Langzeitarbeitslosigkeit dürfe nicht dazu dienen, strengere Anspruchsvoraussetzungen für Letztere einzuführen. Vielmehr müssten Langzeitarbeitslose zusätzlich unterstützt werden, um zumutbare Arbeit zu finden. Falls ihre Fähigkeiten auf dem Arbeitsmarkt nicht mehr nachgefragt würden, sei ihnen Berufsbildung zur Verfügung zu stellen und so sicherzustellen, dass sie weiterhin Wahlfreiheit genössen und nur zumutbare Arbeit annehmen müssten.²⁴⁶⁷

Damit ist auch gesagt, dass nach der lediglich zeitlich befristet zu gewährenden ALE weiterhin ein Schutz des beruflichen und sozialen Status besteht und vor einer Annahme einer unzumutbaren Arbeit zu schützen ist.²⁴⁶⁸ Es ist ein «follow-up benefit» – also eine Sozialleistung, die auch nach den ersten 26 Wochen Arbeitslosigkeit ausgerichtet wird – vorzusehen.²⁴⁶⁹

Es ist ebenfalls anerkannt, dass eine Verpflichtung, Arbeit zu leisten, um die beitragsfinanzierten Leistungen der Arbeitslosenversicherung zu erhalten, dann un-

²⁴⁶⁴ LAMARCHE, S. 110.

²⁴⁶⁵ Siehe: VANDENHOLE, S. 99.

²⁴⁶⁶ ILO, social security, § 528; siehe auch: DE LE COURT, S. 57.

²⁴⁶⁷ ILO, social security, § 527.

²⁴⁶⁸ Anders: DERMINE, Suitable Employment, S. 166 f.

²⁴⁶⁹ ILO, social security, § 527.

erlaubte Zwangs- oder Pflichtarbeit ist, wenn die Arbeit nicht in diesem Sinne zumutbar ist.²⁴⁷⁰ So wurde Dänemark darauf hingewiesen, dass eine Abkehr vom Begriff der zumutbaren Arbeit (*suitable*) hin zur annehmbaren Arbeit (*reasonable*), die das Ziel verfolgt, dass arbeitslose Personen eine zugewiesene Stelle unter Androhung von Sanktionen akzeptieren, zu einer Verletzung des Zwangsarbeitsverbots führen kann. Dabei wurde explizit festgehalten, dass Faktoren wie die Fähigkeiten, Qualifikationen, Erfahrung und die Dauer der Berufserfahrung berücksichtigt werden müssten. Dies reflektiere sich in der Höhe des Lohnes. Alleine dass die Arbeit im selben Tätigkeitsgebiet sei, mache eine Stelle noch nicht zumutbar.²⁴⁷¹

- 1079 Gemäss ILO-Expert_innenkomitee ist es nicht mit dem ILO-Übereinkommen Nr. 168 vereinbar, wenn eine arbeitslose Person in eine selbständige Erwerbstätigkeit gedrängt wird, also eine Tätigkeit ausserhalb des Anwendungsbereichs der Arbeitslosenversicherung. Ein solches Vorgehen sei nicht mit den Anforderungen der sozialen Sicherheit vereinbar.²⁴⁷²
- 1080 Insgesamt ist der Staat verpflichtet, das Gleichgewicht zwischen der Qualität der angebotenen Stellen und den Qualifikationen der Arbeitssuchenden herzustellen.²⁴⁷³ Diese Verpflichtung beruht sodann nicht nur auf menschenrechtlichen Überlegungen, sondern auch auf ökonomischen: Es sei Teil einer vernünftigen Arbeitsmarktpolitik, dass die Fähigkeiten der Arbeitskräfte möglichst ausgeschöpft würden. Damit werde vermieden, dass gering qualifizierte Arbeitnehmer_innen aus dem Arbeitsmarkt gedrängt würden, indem (über-)qualifizierte Personen ihre potentiellen Arbeitsplätze besetzten und somit Geringqualifizierte (langzeit-)arbeitslos würden.²⁴⁷⁴

²⁴⁷⁰ ILO, Eradication, § 129; DERMINE, *Freely Chosen*, S. 159.

²⁴⁷¹ ILO, CEACR, Direct Request concerning Convention No. 29, Denmark, 2007.

²⁴⁷² ILO, CEACR, Direct Request concerning Convention No. 168, Norway, 1999, § 2; ausführlicher hierzu: VANDENHOLE, S. 99.

²⁴⁷³ ILO, *social security*, § 528.

²⁴⁷⁴ Siehe: VANDENHOLE, S. 100; DERMINE, *Suitable Employment*, S. 168 f.

III. Zumutbare Arbeit gem. Art. 16 AVIG

A. Allgemeines und Anwendungsbereich

Weitaus wichtigste Bestimmung für die Beurteilung der Zumutbarkeit einer Arbeit 1081
in der Arbeitslosenversicherung ist Art. 16 Abs. 2 AVIG, wo sich die folgende eine
Umschreibung dessen findet, was nicht zumutbare Arbeit ist.

Unzumutbar und somit von der Annahmepflicht ausgenommen ist eine Arbeit, die:

- a) den berufs- und ortsüblichen, insbesondere den gesamt- oder normalarbeitsvertraglichen Bedingungen nicht entspricht;
- b) nicht angemessen auf die Fähigkeiten oder auf die bisherige Tätigkeit des Versicherten Rücksicht nimmt;
- c) dem Alter, den persönlichen Verhältnissen oder dem Gesundheitszustand des Versicherten nicht angemessen ist;
- d) die Wiederbeschäftigung des Versicherten in seinem Beruf wesentlich erschwert, falls darauf in absehbarer Zeit überhaupt Aussicht besteht;
- e) in einem Betrieb auszuführen ist, in dem wegen einer kollektiven Arbeitsstreitigkeit nicht normal gearbeitet wird;
- f) einen Arbeitsweg von mehr als zwei Stunden je für den Hin- und Rückweg notwendig macht und bei welcher für den Versicherten am Arbeitsort keine angemessene Unterkunft vorhanden ist oder er bei Vorhandensein einer entsprechenden Unterkunft seine Betreuungspflicht gegenüber den Angehörigen nicht ohne grössere Schwierigkeiten erfüllen kann;
- g) eine ständige Abrufsbereitschaft des Arbeitnehmers über den Umfang der garantierten Beschäftigung hinaus erfordert;
- h) in einem Betrieb auszuführen ist, der Entlassungen zum Zwecke vorgenommen hat, Neu- oder Wiedereinstellungen zu wesentlich schlechteren Arbeitsbedingungen vorzunehmen; oder
- i) dem Versicherten einen Lohn einbringt, der geringer ist als 70 Prozent des versicherten Verdienstes, es sei denn, der Versicherte erhalte Kompensationsleistungen nach Artikel 24 (Zwischenverdienst); mit Zustimmung der tripartiten Kommission kann das regionale Arbeitsvermittlungszentrum in Ausnahmefällen auch eine Arbeit für zumutbar erklären, deren Entlohnung weniger als 70 Prozent des versicherten Verdienstes beträgt.

Abs. 3 der Bestimmung ergänzt, dass bei vermindert leistungsfähigen Versicherten 1082
Absatz 2 Buchstabe a nicht anwendbar sei. Von der Annahmepflicht dennoch ausgenommen ist eine Tätigkeit, bei welcher die Entlohnung geringer ist, als sie auf-

grund der verminderten Leistungsfähigkeit sein müsste. Zudem gilt gem. Art. 16 Abs. 3^{bis} AVIG Absatz 2 Buchstabe b nicht für Personen bis zum zurückgelegten 30. Altersjahr. Diese Ergänzung wurde mit der 4. AVIG-Revision per 1. April 2011 in Kraft gesetzt.

- 1083 Dies kann ohne Weiteres als die detaillierteste bundesrechtliche Umschreibung des Begriffs «zumutbare Arbeit» gelten. In seiner Gesamtheit ist Art. 16 Abs. 2 AVIG «so zu verstehen, dass (...) Kriterien für die Zumutbarkeit einer Arbeit definiert werden, welche zwei einander entgegenstehende Interessen berücksichtigen, nämlich auf der einen Seite das Interesse am Schutz der vom Arbeitnehmer in der beruflichen Laufbahn erworbenen Stellung und andererseits das Interesse, ihn wieder in den Erwerbsprozess einzugliedern».²⁴⁷⁵
- 1084 Wer nicht bereit, in der Lage und berechtigt ist, eine zumutbare Arbeit i.S.v. Art. 16 Abs. 2 AVIG anzunehmen, gilt als nicht vermittlungsfähig und hat somit keinen Anspruch auf ALE (Art. 15 AVIG i.V.m. Art. 8 Abs. 1 lit. f AVIG). Wer eine zumutbare Arbeit hat, ist nicht arbeitslos und die Annahme einer zumutbaren Arbeit beendet die Arbeitslosigkeit.²⁴⁷⁶ Weiter entscheidet der Begriff darüber, ob jemand infolge einer (Schadenminderungs-)Pflichtverletzung in der Anspruchsberechtigung einzustellen, also zu sanktionieren ist. Dies ist dann der Fall, wenn man sich nicht genügend um zumutbare Arbeit bemüht (Art. 30 Abs. 1 lit. c) oder eine zumutbare Arbeit nicht annimmt (Art. 30 Abs. 1 lit. d AVIG).
- 1085 Nach anderen Kriterien beurteilt wird hingegen, ob eine Teilnahme an einem Beschäftigungsprogramm der ALV zumutbar ist (siehe N 1134 ff.) und ob der Verbleib an einer Arbeitsstelle zumutbar gewesen wäre und daher die eingetretene Arbeitslosigkeit eine selbstverschuldete ist (Art. 30 Abs. 1 lit. a AVIG i.V.m. Art. 44 AVIV, siehe dazu N 109 f.).

B. Von der positiven Umschreibung ...

- 1086 Die Arbeitslosenversicherung beschränkt sich seitjeher auf diejenigen Fälle von Ganz- oder Teilarbeitslosigkeit, in denen Unselbständigerwerbende zur Übernahme jeder zumutbaren Arbeit fähig und willens sind.²⁴⁷⁷ Entsprechend hielt be-

²⁴⁷⁵ BGE 112 V 133, E. 3aa, in: Pra 76 (1987) Nr. 83, S. 296.

²⁴⁷⁶ KUPFER BUCHER BARBARA, Fokus Arbeitslosenversicherung. Ein Kompendium zu den Kernthemen des Arbeitslosenversicherungsrechts, Zürich/Basel/Genf 2016, S. 168.

²⁴⁷⁷ Dies wurde auch in der Botschaft AVIG 1951, BBl 1950 II 534, deutlich.

reits das Arbeitslosenversicherungsgesetz vom 22. Juni 1951²⁴⁷⁸ fest, dass eine Verletzung der Pflicht, eine zumutbare Arbeit zu suchen oder anzunehmen, zu einer Einstellung in der Anspruchsberechtigung führen kann.²⁴⁷⁹ Die Verordnung zum AVIG von 1951 enthielt eine positive Umschreibung der zumutbaren Arbeit (Art. 9 Abs. 1 Verordnung zum AVIG 1951):²⁴⁸⁰ «Als zumutbar gilt jede Arbeit, die den berufs- oder ortsüblichen Bedingungen entspricht, den Fähigkeiten und dem Gesundheitszustand des Versicherten angemessen ist und ihn sittlich nicht gefährdet. Überdies darf die Arbeit die künftige berufliche Tätigkeit des Versicherten nicht wesentlich erschweren, es sei denn, dass in absehbarer Zeit keine Aussicht auf Wiederbeschäftigung in seinem Beruf besteht.» Diverse Elemente dieser ersten Definition sind noch in der heutigen Regelung vorhanden.²⁴⁸¹

Eingehend diskutiert über Inhalt und Notwendigkeit der Definition von zumutbarer Arbeit wurde zwischen 1980 und 1982, als das «Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung» eine «moderne» Arbeitslosenversicherung schaffen sollte, die einen genügenden Versicherungsschutz gewähren und Arbeitslosigkeit verhüten sollte.²⁴⁸² 1087

Bereits einleitend hielt die Botschaft vom Juli 1980 fest, dass sich durch das ganze Gesetz hindurch die Tendenz abzeichnet, «vor allem die Annahme zumutbarer Arbeit zu fördern, statt nur Arbeitslosentaggelder auszurichten».²⁴⁸³ Eine Definition des Begriffs «zumutbare Arbeit» auf Gesetzesstufe²⁴⁸⁴ wurde insbesondere mit Verweis auf das Legalitätsprinzip angestrebt.²⁴⁸⁵ Inhaltlich lehnte sich der schliesslich verabschiedete Art. 16 AVIG 1982 wesentlich an die Regel von 1951 an und enthielt weiterhin eine positive Umschreibung der zumutbaren Arbeit. 1088

²⁴⁷⁸ Siehe zur Entstehungsgeschichte des AVIG: GERHARDS, S. 14 ff.

²⁴⁷⁹ Vgl. Art. 23 Abs. 2 und Art. 29 Abs. 1 lit. c AVIG 1951.

²⁴⁸⁰ AS 1951 1187, 1190.

²⁴⁸¹ Auch die in den Art. 9 Abs. 2, Abs. 3 und Abs. 4 VO 1951 enthaltenen Definitionselemente sind heute nach wie vor in der gesetzlichen Regelung enthalten.

²⁴⁸² Botschaft AVIG 1982, BBl 1980 III 490; dieses Gesetz löste schliesslich die im Jahre 1976 ergangene Übergangsordnung zur Einführung des Versicherungsobligatoriums ab, siehe: AS 1977 208; Botschaft über die Einführung der obligatorischen Arbeitslosenversicherung (Übergangsordnung) vom 11. August 1976, BBl 1976 II 1593 ff.; die Übergangsordnung führte zuvor zu keiner Änderung in Bezug auf die Definition von zumutbarer Arbeit.

²⁴⁸³ Botschaft AVIG 1982, BBl 1980 III 490.

²⁴⁸⁴ Botschaft AVIG 1982, BBl 1980 III 517.

²⁴⁸⁵ Botschaft AVIG 1982, BBl 1980 III 497.

- 1089 Das Parlament verzichtete jedoch in Art. 16 AVIG 1982 auf den Passus, dass die Arbeit die Arbeitslosen nicht sittlich gefährden solle, mit der Begründung, dass dies im Obligationenrecht geregelt sei und hier selbstverständlich zu gelten habe.²⁴⁸⁶ Das Erfordernis, dass das ArG bei einer zumutbaren Arbeit eingehalten werden müsse, wurde mit derselben Begründung gestrichen.²⁴⁸⁷ Hingegen hat das Parlament diskussionslos in Art. 16 Abs. 2 lit. c AVIG 1982 die «persönlichen Verhältnisse» aufgenommen.²⁴⁸⁸ Zudem wurde in Art. 17 Abs. 1 AVIG 1982 die Pflicht der Versicherten vorgesehen, alles Zumutbare zur Verkürzung oder Beendigung der Arbeitslosigkeit zu tun und dabei auch ausserhalb des bisherigen Berufes eine Anstellung zu suchen.²⁴⁸⁹
- 1090 Indessen kam es im Parlament zu einer Grundsatzdebatte. Nationalrat Dafflon, ein Vertreter der Partei der Arbeit, beantragte die Streichung des Artikels, was er wie folgt begründete: «*D'après ces derniers [die Spezialisten und Expert_innen, die den Entwurf ausgearbeitet haben] le chômeur est responsable de sa situation. C'est un parasite, qui se trouve bien sans travailler, et il faut l'obliger à tout prix à accepter n'importe quel emploi. [...] D'ailleurs, les principaux articles de la loi sont tous basés sur la méfiance. [...] Tout le monde a parlé des abus, [...]. On dirait que l'on veut faire une loi uniquement pour réprimer.*»²⁴⁹⁰ Auch andere Parlamentarier_innen äusserten sich dahingehend, es seien nicht die Arbeitnehmer_innen, die ihre Arbeitslosigkeit verursacht hätten, sondern die Wirtschaft und daher fusse das Gesetz auf einer falschen Philosophie: Der Fokus sollte nicht auf Missbrauchsverhütung liegen, sondern auf Hilfestellungen, «damit der Versicherte in seinem Wunsch nach Selbstverwirklichung in der Arbeit nicht eingeschränkt werde».²⁴⁹¹

²⁴⁸⁶ Votum Junod, AB 1981 N 631; so auch GERHARDS GERHARD, Kommentar zum Arbeitslosenversicherungsgesetz (AVIG), Band I (Art. 1–58), Bern 1987, N 7 zu Art. 16 AVIG.

²⁴⁸⁷ Votum Junod, AB 1981 N 631.

²⁴⁸⁸ Vgl. AB 1981 N 630 ff.; AB 1982 S 130 ff.

²⁴⁸⁹ AS 1982 2190.

²⁴⁹⁰ Votum Dafflon, AB 1981 N 631.

²⁴⁹¹ Botschaft AVIG 1982, BBl 1980 III 518; pointierte Kritik auch: Votum Magnin, AB 1982 N III 1011: «La loi (...) est plus imprégnée de méfiance à l'égard du chômeur que d'encouragement. On ne se contente pas de suspecter le chômeur; on tient à le réprimer, particulièrement en cas de chômage prolongé.»

Die Ratsmehrheit hielt jedoch am Artikel fest. Es handle sich dabei um eine 1091
Garantie für die Arbeitnehmer_innen, indem beschrieben werde, welche Arbeit
akzeptiert werden müsse und welche mit Recht abgelehnt werden könne.²⁴⁹² In
Bezug auf die Frage der Missbrauchsbekämpfung argumentierte der Bundesrat,
dass, selbst wenn die Zahl der Missbräuche nicht überschätzt werden solle, der
Gesetzgeber verpflichtet sei, das Notwendige zur Missbrauchsbekämpfung vorzu-
kehren.²⁴⁹³ Dabei wurde das Wort «Missbrauch» im «weitesten Sinn» verstanden
und als Beispiel ausgeführt, es könne nicht zugelassen werden, dass eine versi-
cherte Person zumutbare Arbeit ablehne und auf Kosten der Beitragsleistenden
Entschädigungen beziehe, weil die Person eine andere Tätigkeit bevorzugen wür-
de.²⁴⁹⁴ Es sei nicht Sache der Arbeitslosenversicherung, Arbeitnehmer_innen vor
der «Unannehmlichkeit» einer Arbeit zu bewahren, die nicht voll ihren Wünschen
entspreche.²⁴⁹⁵ Die Sanktionen wurden ebenfalls als für die Missbrauchsverhütung
wesentlich eingestuft. Die Einstellungstatbestände wurden damit begründet, dass
ein Ausgleich für das Selbstverschulden und dem damit zusammenhängenden er-
höhten Risiko und Schaden für die Arbeitslosenversicherung zu schaffen sei.²⁴⁹⁶

Zu weiteren Diskussionen Anlass gab die Frage, ob eine Arbeit zumutbar sei, die 1092
eine Lohneinbusse im Vergleich zur vorherigen Tätigkeit mit sich bringe (Art. 16
Abs. 1 lit. e AVIG 1982). Die Mehrheit entschied, dass ein Lohn in der Höhe der
ALE (sprich 70 % des vorherigen Lohnes) für alle zumutbar sei, da es nicht Auf-
gabe der Arbeitslosenversicherung sei, den vollständigen Lohn zu schützen.²⁴⁹⁷
Vielmehr sei das Nötigste vorgekehrt worden, um eine Verschlechterung der Ar-
beitsbedingungen in Krisensituationen zu vermeiden.²⁴⁹⁸ Hier wurde also erkannt,
dass die Beurteilung der Zumutbarkeit einer Arbeit in der ALV einen Einfluss auf
die Arbeitsbedingungen im gesamten Arbeitsmarkt hat.²⁴⁹⁹

²⁴⁹² Votum Junod, AB 1981 N 632.

²⁴⁹³ Botschaft AVIG 1982, BBl 1980 III 518.

²⁴⁹⁴ Botschaft AVIG 1982, BBl 1980 III 519.

²⁴⁹⁵ Botschaft AVIG 1982, BBl 1980 III 519.

²⁴⁹⁶ Botschaft AVIG 1982, BBl 1980 III 588 f.

²⁴⁹⁷ Votum Junod, AB 1981 N 632.

²⁴⁹⁸ Votum Reimann, AB 1981 N 632.

²⁴⁹⁹ Vgl. auch: DERMINE, Suitable Employment, S. 158.

C. ... zur negativen

- 1093 Um den Kreis der zumutbaren Arbeit zu erweitern, wurde im Zuge der zweiten AVIG-Revision eine Umkehr der Definition von zumutbarer Arbeit in Art. 16 AVIG vorgenommen. Nach der neuen Definition von zumutbarer Arbeit gilt jede Arbeit als grundsätzlich zumutbar (Art. 16 Abs. 1 AVIG). Die darauffolgende Regelung der Ausnahmen ist abschliessend (Art. 16 Abs. 2 AVIG).²⁵⁰⁰ Die Umkehr verstärkt die Zumutbarkeit, die als Regel in den Vordergrund gestellt wird.²⁵⁰¹
- 1094 Eine Arbeit ist nunmehr nur unzumutbar, falls (mindestens) einer der in Art. 16 Abs. 2 AVIG aufgelisteten Tatbestände erfüllt ist. Diese Umkehr hat praktische Folgen: Da die Verletzung des ArG nicht mehr explizit als Grund für eine Unzumutbarkeit der Arbeit in Art. 16 Abs. 2 AVIG genannt ist, ist etwa eine Nachtarbeit, deren Zulässigkeit gem. ArG von der Zustimmung der Arbeitnehmer_in abhängt, nicht unzumutbar. Die Arbeitslose muss sich zusätzlich z.B. auf gesundheitlich oder persönliche Gründe gem. Art. 16 Abs. 2 lit. c AVIG stützen können, um eine Nachtarbeit als unzumutbar ablehnen zu können.²⁵⁰² Damit definiert das ArG m.a.W. nicht mehr selbstverständlich mit, was zumutbar ist, obwohl davon noch bei der vorangehenden Revision ausgegangen wurde (vgl. N 1089).
- 1095 Mit der zweiten AVIG-Revision, die im Zeichen der «sprunghaften Zunahme der Arbeitslosigkeit» stand,²⁵⁰³ sind nebst dieser Ausweitung der Definition der Zumutbarkeit deutliche Elemente einer aktivierenden Sozialpolitik in das AVIG eingeführt worden. Die bundesrätliche Botschaft sah vor, die arbeitsmarktlichen Massnahmen auszubauen, die Missbrauchsbekämpfung zu stärken und die Effizienz der Vermittlung zu steigern.²⁵⁰⁴ Die «deutliche Reform» des Gesetzes hatte zum Ziel, Personen, die ALE beziehen, «aktiv an der Wiedereingliederung in den Arbeitsprozess» zu beteiligen.²⁵⁰⁵ GERHARDS spricht davon, dass mit der zweiten AVIG-Revision die Leistungsziele der Versicherung vertauscht wurden. An erster Stelle stehen neu die Prävention und die möglichst rasche Wiedereingliederung

²⁵⁰⁰ Art. 16 AVIG wurde im Parlament auch «typisches Beispiel für die überaus komplizierte Gesetzgebung» genannt, vgl. Votum Loretan, AB 1995 S 624.

²⁵⁰¹ Votum David, AB 1994 N 1572; siehe zur gesetzgeberischen Absicht auch: NUSSBAUMER, N 291.

²⁵⁰² RUBIN, N 13 zu Art. 16 AVIG; SECO, AVIG-Praxis, ALE, N B289.

²⁵⁰³ Botschaft 2. AVIG-Revision, BBl 1994 I 342.

²⁵⁰⁴ Botschaft 2. AVIG-Revision, BBl 1994 I 342.

²⁵⁰⁵ Votum David, AB 1995 N 1111 f.

der Arbeitslosen in den Erwerbsprozess und nicht mehr die Sicherung des Verdienstauffalls.²⁵⁰⁶ Damit geht eine Verschiebung in Richtung der Selbstverantwortung der versicherten Personen einher.

Die neue Definition der zumutbaren Arbeit sollte gemäss dem Bundesrat in Kombination mit einem vorgesehenen Ersatz der Stempelkontrollen mit Vermittlungsgesprächen zu einer wesentlich kürzeren Verweildauer in der Arbeitslosigkeit und so zu Einsparungen in der Höhe von ca. 300 Millionen Franken führen.²⁵⁰⁷ Bereits in der Botschaft zum Bundesbeschluss wurde darauf hingewiesen, dass die Definition des Begriffs «zumutbare Arbeit» zu einer erschwerten Vermittlung zumindest gewisser Arbeitslosen führe.²⁵⁰⁸ Die alte Regelung gehe zu weit, sei Quelle von Missbräuchen und begünstige die beinahe professionellen Arbeitslosen. Die Verschärfung sei also nötig gewesen, um nicht mehr die Arbeitslosen, die der Aufmerksamkeit würdig seien, und diejenigen, die am klügsten mit den zu grosszügigen Normen spielten, zu vermischen.²⁵⁰⁹ Kritiker_innen sahen die Neufassung von Art. 16 AVIG als Ausdruck des Misstrauens gegenüber den Arbeitslosen und es wurde bemerkt, dass eine entsprechende Klausel für Arbeitgeber_innen bei Entlassungen fehle.²⁵¹⁰

Einigkeit herrschte darüber, dass es sich beim Begriff der zumutbaren Arbeit um einen Schlüsselbegriff in der Gesetzgebung handelte.²⁵¹¹ Mitunter wurde die Frage der Zumutbarkeit als ideologisch bezeichnet.²⁵¹²

²⁵⁰⁶ GERHARDS, S. 20, S. 35.

²⁵⁰⁷ Botschaft 2. AVIG-Revision, BBl 1994 I 358.

²⁵⁰⁸ Botschaft AVIG Bundesbeschluss, BBl 1993 I 679.

²⁵⁰⁹ Votum Delamuraz, AB 1995 N 1120.

²⁵¹⁰ Votum Onken, AB 1994 S 223.

²⁵¹¹ Bspw. Votum David, AB 1995 N 1120; Votum Beerli, AB 1994 S 235; Votum Delamuraz, AB 1994 S 236.

²⁵¹² Votum David, AB 1995 N 1120; Votum Couchepin, AB 1995 N 1120, der insbesondere bezüglich der Diskussion, um die Pflicht, Arbeit anzunehmen, die nicht den Fähigkeiten entspricht, meinte, es handle sich um eine Diskussion mit wenig praktischer Relevanz.

D. Die einzelnen Elemente

1. Arbeitsbedingungen und Schutz vor Dumping

- 1098 Art. 16 Abs. 2 AVIG befasst sich in mehreren Buchstaben mit den Arbeitsbedingungen im weitesten Sinn. An erster Stelle steht die Bindung an berufs- und ortsübliche Bedingungen sowie die Bestimmungen, die in anwendbaren GAV und NAV festgehalten sind, welche die Arbeitslosen davor schützen sollen, eine «regelwidrige» Arbeit annehmen zu müssen. Es handelt sich dabei um ein klassisches Instrument zur Verhinderung von Lohndrückerei.²⁵¹³ Diese (Un-)Zumutbarkeit i.S.v. Art. 16 Abs. 2 lit. a AVIG beurteilt sich anhand von objektiven Kriterien und in Bezug auf eine konkret angebotene Stelle.²⁵¹⁴
- 1099 Ebenfalls ein Schutz gegen Lohn- und Sozialdumping stellt lit. h dar,²⁵¹⁵ gemäss welchem eine Stelle in einem Betrieb nicht zumutbar ist, der Entlassungen zum Zwecke vorgenommen hat, Neu- oder Wiedereinstellungen zu wesentlich schlechteren Arbeitsbedingungen vorzunehmen. Der Verschlechterungsschutz betrifft dabei den Lohn, die Ferien, die Lohnfortzahlung im Fall einer Arbeitsunfähigkeit und weitere Punkte.²⁵¹⁶ Art. 16 Abs. 2 lit. h AVIG findet auch bei Betriebsübergängen i.S.v. Art. 333 OR Anwendung. So bemühte sich eine Reinigungskraft nicht ungenügend um zumutbare Arbeit, als sie nach einer Auslagerung der Büoreinigungsarbeit bei einer Versicherung auf eine externe Dienstleisterin den neuen angebotenen Vertrag zu wesentlich schlechteren Bedingungen nicht annahm.²⁵¹⁷

2. Berufsschutz

a) *Allgemeines*

- 1100 Die Zumutbarkeit einer Arbeit, die (nicht) auf bisherige Tätigkeiten, Ausbildung und Beruf Rücksicht nimmt, wird in mehreren Teilparagraphen des AVIG angesprochen:²⁵¹⁸ Art. 16 Abs. 2 lit. b AVIG hält fest, dass eine Arbeit unzumutbar ist, die nicht angemessen auf die Fähigkeiten oder auf die bisherige Tätigkeit des

²⁵¹³ BGE 129 V 201, E. 3.3; bereits: Botschaft AVIG 1982, BBl 1980 III 569.

²⁵¹⁴ NUSSBAUMER, N 294; siehe für Beispiele aus der Rechtsprechung: LEU, Zumutbarkeit, S. 303 f.

²⁵¹⁵ Urteil BGer C 9/04 v. 28.03.2006, E. 3.3; auch: RUBIN, N 44 zu Art. 16 AVIG.

²⁵¹⁶ RUBIN, N 44 zu Art. 16 AVIG.

²⁵¹⁷ Urteil BGer C 9/04 v. 28.03.2004, E. 3.3.

²⁵¹⁸ Vgl. auch: RUBIN, N 25 zu Art. 16 AVIG.

Versicherten Rücksicht nimmt; Art. 16 Abs. 2 lit. d AVIG erklärt eine Arbeit für unzumutbar, welche die Wiederbeschäftigung des Versicherten in seinem Beruf wesentlich erschwert, falls darauf in absehbarer Zeit überhaupt Aussicht besteht;²⁵¹⁹ Art. 17 Abs. 1 zweiter Satz AVIG verpflichtet die Arbeitslosen, nötigenfalls ausserhalb des bisherigen Berufs Arbeit zu suchen; und schliesslich erklärt Art. 16 Abs. 3^{bis} AVIG, dass Art. 16 Abs. 2 lit. b (Rücksicht auf Fähigkeiten und bisherige Tätigkeit) bei Versicherten bis zum zurückgelegten 30. Altersjahr keine Anwendung findet.

Diverse Minderheitsanträge im Parlament forderten eine weitere Beschränkung des Berufsschutzes,²⁵²⁰ denn dies seien «Gummiparagraphen, welche es dem Frechen, dem Faulen und dem Verwöhnten ermöglichen, mit allerlei Ausflüchten die Bestimmung von Artikel 16 Absatz 1 zu umgehen».²⁵²¹ Es sind gerade diese Bestimmungen, die zu einer Einschränkung der durch Art. 27 Abs. 2 BV garantierten Berufsfreiheit bei Arbeitslosen führen können,²⁵²² weshalb eine gesetzliche Grundlage notwendig ist. Andere Voten, die sich für einen engeren Ausnahmekatalog aussprachen, verknüpften ihre Position mit der Bekämpfung von Missbräuchen.²⁵²³ Für die Ratsmehrheit war hingegen klar, dass mit diesen Minderheitsanträgen der Begriff der zumutbaren Arbeit sinnentleert würde und insbesondere Art. 16 Abs. 2 lit. b AVIG genügend differenziert sei, da nur «angemessen» auf die Interessen der Versicherten Rücksicht zu nehmen sei.²⁵²⁴

b) Zeitliche Graduierung

Das Parlament verzichtete im Zuge der 2. AVIG-Revision darauf, nach einer Arbeitslosigkeit von vier Monaten auch eine Arbeit für zumutbar zu erklären, die nicht auf die Fähigkeiten oder die bisherige Tätigkeit der versicherten Person Rücksicht nimmt. Damit soll aber nicht vom Grundprinzip, dass die Rücksicht-

²⁵¹⁹ Für Beispiele aus der Rechtsprechung: LEU, Zumutbarkeit, S. 304 sowie S. 313 f.

²⁵²⁰ AB 1994 N 1571.

²⁵²¹ Votum Dreher, AB 1994 N 1571.

²⁵²² RUBIN, Suspension, S. 10, stellt fest, dass die Berufsfreiheit gem. Art. 27 Abs. 2 BV während der Arbeitslosigkeit eingeschränkt werden kann; RIEMER-KAFKA/LISCHER, S. 536, Fn. 7, erwähnen ebenfalls die Wirtschaftsfreiheit als eines der Grundrechte, das im öffentlich-rechtlich geprägten Versicherungsverhältnis eingeschränkt werden kann; kritisch zum fehlenden Berufsschutz und zur Verfassungsmässigkeit: LANDOLT, N 211.

²⁵²³ Votum Blocher, AB 1994 N 1572.

²⁵²⁴ Votum Brunner, AB 1994 N 1573.

nahme auf die Fähigkeiten und die vorherige Tätigkeit mit der Zeit abnimmt, abgerückt werden. Es solle aber eine etwas individuellere Behandlung der Einzelfälle ermöglicht werden.²⁵²⁵ Dennoch bleibt die versicherte Person nach Art. 17 Abs. 1 AVIG verpflichtet – ohne die Nennung einer Schonfrist –, nötigenfalls ausserhalb ihres bisherigen Berufes Arbeit zu suchen. Art. 16 Abs. 1 lit. d AVIG (Erschwerung der Wiederbeschäftigung) soll nur während einer ersten Zeit der Arbeitslosigkeit gelten und bei länger dauernder Arbeitslosigkeit sowie der Teilnahme an Beschäftigungsprogrammen nicht mehr berücksichtigt werden.²⁵²⁶

1103 Entsprechend dürfen qualifizierte Berufsleute in gekündigter Stellung ihre Arbeitssuche in einer ersten Phase auf den bisherigen Berufszweig beschränken.²⁵²⁷ Dies gilt vor allem für die Zeit während der Kündigungsfrist, aber auch für Personen, die in einem Bereich mit einem kleinen Stellenangebot tätig sind.²⁵²⁸ Spezielle Berufe – wie z.B. ein Amtsvormund – dürfen nicht von Anfang an vom Versicherungsschutz ausgeschlossen werden.²⁵²⁹

1104 Die Pflicht, nicht der Ausbildung entsprechende Arbeit anzunehmen, besteht v.a. dann, wenn es sich um eine vorübergehende Beschäftigung handelt und wenn die Wahrscheinlichkeit, eine (feste) Anstellung im erlernten Beruf zu finden, nicht unmittelbar greifbar ist.²⁵³⁰ So war es für eine frisch diplomierte Primarlehrerin zumutbar, kurz nach Semesterbeginn, als alle Stellen an den Schulen gerade erst vergeben worden waren, als Würstchen-Degustantin bei der Migros zu arbeiten.²⁵³¹

Da die junge Lehrerin noch nicht 30-jährig war, wäre dieser Fall heute unter Art. 16 Abs. 3^{bis} AVIG zu behandeln und der Berufsschutz i.S.v. Art. 16 Abs. 2 lit. b AVIG nicht anwendbar (siehe dazu nachfolgend N 1107).

1105 Auch ist es z.B. einem Profifussballer nur während einer bestimmten Zeit – bis zum Ende der Transferperiode – erlaubt, seine Suchanstrengungen auf den Profifussball zu beschränken. Danach ist er verpflichtet, sich um andere Stellen, z.B. als

²⁵²⁵ Votum Beerli, AB 1995 S 1120.

²⁵²⁶ Vgl. Votum Couchepin, AB 1994 N 1573; dazu detaillierter N 1134 zu den Beschäftigungsprogrammen.

²⁵²⁷ BGE 139 V 524, E. 2.1.3.

²⁵²⁸ Urteil BGer C 244/05 v. 22.11.2006, E. 2.1.

²⁵²⁹ BGE 139 V 254, E. 2.1.3.

²⁵³⁰ So bereits BGE 104 V 198, E. 2.

²⁵³¹ BGE 104 V 198, E. 2.

Fitnesstrainer, zu bemühen.²⁵³² Gerade sofern einer Arbeit Überbrückungscharakter zukommt, sind weniger qualifizierte Arbeiten zumutbar, wie z.B. die Mitarbeit in einem Callcenter für eine ausgebildete Französischlehrerin.²⁵³³

In den parlamentarischen Debatten wurden auch wenig ernsthafte Beispiele vorgebracht. So sei klar, dass der Konzertviolinist nicht zu verpflichten sei, eine Arbeit am Presslufthammer auszuführen, da dies seine Wiederbeschäftigung als Violinist gefährden würde, könne er danach doch nur noch Vibrato spielen.²⁵³⁴

Insgesamt kennt das AVIG gem. Bundesgericht weder einen absoluten noch einen relativen Berufsschutz. Die Vermittlungsfähigkeit setzt voraus, dass im Umfang der beantragten Leistungen zumutbare Arbeit verrichtet werden kann. Je nach Umständen heisst dies, dass bereits zu Beginn der Arbeitslosigkeit, oder jedenfalls kurz darauf, eine Tätigkeit ausserhalb der angestammten angenommen werden muss.²⁵³⁵ 1106

c) *Junge Arbeitslose*

Art. 16 Abs. 3^{bis} AVIG, wonach für Personen bis zum zurückgelegten 30. Altersjahr auch Tätigkeiten zumutbar sind, die nicht angemessen auf ihre Fähigkeiten oder auf die bisherige Tätigkeit Rücksicht nehmen, wurde bei seiner Einführung damit begründet, dass die Rücksichtnahme auf die individuellen Fähigkeiten dazu führe, dass praktisch jede Arbeit abgelehnt werden könne.²⁵³⁶ Des Weiteren sei es wichtig, dass junge Personen nicht die Gewohnheit, zu arbeiten, verlieren, was eine Lockerung der Zumutbarkeitskriterien notwendig mache.²⁵³⁷ 1107

Gegenstimmen monierten, es werde unzumutbare Arbeit für zumutbar erklärt.²⁵³⁸ 1108 Das Zumutbarkeitsprinzip sei aber ein allgemeines Prinzip des Sozialversiche-

²⁵³² Urteil BGer C 244/05 v. 22.11.2006, E. 2.3; siehe zu diesem Fall auch: LEU, Zumutbarkeit, S. 307.

²⁵³³ Sozialversicherungsgericht ZH, Urteil AL.2015.0023 v. 13.01.2017, E. 3.4; auch z.B. Urteil BGer C 407/00 v. 16.10.2001, E. 3a: Eine Restaurantleiterin hat auch Aushilfsarbeiten in der Gastronomie auszuführen.

²⁵³⁴ Votum Jaeger, AB 1994 N 1573.

²⁵³⁵ BGE 141 V 625, E. 4.2.

²⁵³⁶ Votum Schwaller, AB 2009 S 574; die Botschaft des Bundesrats zur 4. AVIG-Revision sah keine Änderung der Bestimmung in Art. 16 AVIG vor, vgl. Botschaft 4. AVIG-Revision, BBl 2008 7733 ff.

²⁵³⁷ Votum Favre, AB 2009 N 2191.

²⁵³⁸ Votum Janiak, AB 2009 S 575.

rungsrechts und sei einzuhalten.²⁵³⁹ Es sei wirtschaftlich wenig sinnvoll, wenn junge qualifizierte Fachkräfte in der Rezession unqualifizierte Arbeit annähmen. Vielmehr wäre die Rezession für Zusatzqualifizierungen zu nutzen, denn im wirtschaftlichen Aufschwung sei dann die Wirtschaft auf Fachkräfte angewiesen.²⁵⁴⁰ Eine Minderheit im Nationalrat sah in der Bestimmung eine Bestrafung der jungen Arbeitslosen²⁵⁴¹ und bemerkte, dass dadurch die Berufsintegration nicht verbessert werde, sondern eine Verschiebung der Lasten hin zur Sozialhilfe erfolge.²⁵⁴² Weiter wurde argumentiert, mit der Ausweitung der Zumutbarkeit werde der Versicherungscharakter des Gesetzes angegriffen.²⁵⁴³

- 1109 Bundesrätin Leuthard erläuterte, um den Begriff der zumutbaren Arbeit im Zusammenhang mit der Schadensminderungspflicht gebe es eine langjährige Diskussion und eine reichhaltige Praxis. Diese habe sich bewährt. Arbeitslose hätten sich anzustrengen und die Messlatte der Unzumutbarkeit sei relativ hoch zu legen. Darüber zu entscheiden, was zumutbar ist, sei politisch und führe laufend zu Diskussionen.²⁵⁴⁴
- 1110 Der Antrag im Nationalrat, der eine Präzisierung dahingehend forderte, dass Art. 16 Abs. 3^{bis} AVIG nicht für Personen mit Familienverpflichtungen gelte, wurde ebenso abgelehnt wie Anträge, die eine allgemeine Lockerung der Zumutbarkeitskriterien forderten oder eine Streichung des neuen Art. 16 Abs. 3^{bis} AVIG.²⁵⁴⁵ Anträge zur Lockerung der Pflicht gem. Art. 17 AVIG, zumutbare Arbeit zu suchen, konnten sich nicht durchsetzen.²⁵⁴⁶
- 1111 In der Gerichtspraxis zeigen sich bisher kaum Anwendungsfälle von Art. 16 Abs. 3^{bis} AVIG. Zumindest hatte das KG Freiburg die Gelegenheit, festzustellen, dass auch bei unter 30-jährigen Versicherten der Ausnahmetatbestand von Art. 16 Abs. 2 lit. b AVIG anwendbar bleibe und nicht aufgrund von Art. 16 Abs. 3^{bis} AVIG

²⁵³⁹ Votum Rechsteiner, AB 2009 N 2191.

²⁵⁴⁰ Votum Janiak, AB 2009 S 575.

²⁵⁴¹ Votum Schelbert, AB 2009 N 2189; Votum Meier-Schatz, AB 2009 N 2190; Votum Vischer, AB 2009 N 2190 f.

²⁵⁴² Votum Meier-Schatz, AB 2009 N 2190.

²⁵⁴³ Votum Vischer, AB 2009 N 1290.

²⁵⁴⁴ Votum Leuthard, AB 2009 N 2192.

²⁵⁴⁵ AB 2009 N 2189; 2193.

²⁵⁴⁶ AB 2009 S 575 f.; AB 2009 N 2193 ff.

eine Arbeit zumutbar erklärt werden dürfe, die gem. Arztzeugnissen gesundheitlich nicht zumutbar sei.²⁵⁴⁷

3. Alter, Gesundheit, persönliche Verhältnisse (Art. 16 Abs. 2 lit. c AVIG)

Während – soweit ersichtlich – die Kriterien des Alters und der Gesundheit nie umstritten waren, wurde das Kriterium «persönliche Verhältnisse» mehrmals debattiert. So handle es sich dabei um einen der «Gummiparagrafen», auf die sich die «Faulen» berufen könnten (siehe auch N 1101). Während der zweiten AVIG-Revision wurde die Streichung dieses Passus beantragt, da er zum Missbrauch einlade.²⁵⁴⁸ Hinter den Argumenten für den Verzicht auf diese Kriterien wurde vermutet, man wolle die Bestimmung jeglichen Gehalts entleeren und die Arbeitslosen zerdrücken und sie zu irgendeiner Arbeit zwingen.²⁵⁴⁹

Der Bundesrat führte aus, bei den «persönlichen Verhältnissen» handle es sich nicht um persönliche Vorlieben oder Interessen, sondern um *«quelque chose qui est bien défini, qui fait partie intrinsèque de la vie d'un individu, de son comportement, et il est raisonnable que l'on tienne compte [...] de cet élément»*.²⁵⁵⁰

Die Präferenz, später aufzustehen, gehört nicht dazu.²⁵⁵¹ Hingegen sind fundamentalere Aspekte der Lebensführung wie z.B. die Betreuungspflichten gegenüber Angehörigen,²⁵⁵² der Wunsch, ein Kind zu stillen,²⁵⁵³ der Zivilstand oder die Wohnverhältnisse, welche sich wiederum auf die geographische Mobilität auswirken können, massgebende Kriterien.²⁵⁵⁴

Vor allem bietet der offene Begriff der persönlichen Verhältnisse Raum für die Berücksichtigung grundrechtlich geschützter Positionen.²⁵⁵⁵ Insbesondere die Glaubens- und Gewissensfreiheit kann in Konflikt mit einer bestimmten Stelle treten. Auf die entsprechenden Urteile wurde bereits oben (N 552) in Bezug auf

²⁵⁴⁷ KG FR, Urteil 605 2016 208 v. 21.04.2017.

²⁵⁴⁸ Votum Dreher, AB 1994 N 1571; Votum Blocher, AB 1994 N 1572.

²⁵⁴⁹ Votum Brunner, AB 1994 N 1572.

²⁵⁵⁰ Votum Delamuraz, AB 1994 N 1574.

²⁵⁵¹ RUBIN, N 33 zu Art. 16 AVIG.

²⁵⁵² Votum David, AB 1994 N 1572.

²⁵⁵³ RUBIN, N 33 zu Art. 16 AVIG.

²⁵⁵⁴ SECO, AVIG-Praxis, ALE, N B288; weitere Beispiele bei LEU, Zumutbarkeit, S. 309.

²⁵⁵⁵ RIEMER-KAFKA/LISCHER, S. 532.

den faktischen Grundrechtseingriff hingewiesen.²⁵⁵⁶ Es hat hier also jeweils eine Interessensabwägung stattzufinden und die Zumutbarkeit ist grundrechtsgeprägt zu beurteilen. Dabei geht das Bundesgericht davon aus, dass von der versicherten Person im Gegenzug zur Berücksichtigung ihrer Grundrechte erhöhte Anstrengungen bei der Stellensuche erwartet werden dürfen. Dem öffentlichen Interesse ist zudem dann mehr Gewicht beizumessen als dem privaten, wenn aufgrund der Religionszugehörigkeit kaum Stellen auf dem Arbeitsmarkt vorhanden sind und sich daher eine Langzeit- oder Dauerarbeitslosigkeit ergeben würde.²⁵⁵⁷

- 1116 Das Kriterium des Alters umfasst das jugendliche und das fortgeschrittene Alter.²⁵⁵⁸ Mit steigendem Alter werden körperlich anstrengende Arbeiten eher weniger zumutbar.²⁵⁵⁹ Eine bereits längere Tätigkeit im selben Erwerbszweig ist zu berücksichtigen und kann einen Berufswechsel unzumutbar machen.²⁵⁶⁰
- 1117 Gesundheitliche Hinderungsgründe haben grundsätzlich mit einem Arztzeugnis belegt zu sein,²⁵⁶¹ welches Auskunft darüber gibt, welche Arbeiten weiterhin ausgeführt werden können.²⁵⁶²

4. Geografische Mobilität (Art. 16 Abs. 2 lit. f AVIG)

- 1118 Von der grundsätzlichen Annahmepflicht ausgeschlossen ist eine Arbeit, die «einen Arbeitsweg von mehr als zwei Stunden je für den Hin- und Rückweg notwendig macht und bei welcher für den Versicherten am Arbeitsort keine angemessene Unterkunft vorhanden ist oder er bei Vorhandensein einer entsprechenden Unterkunft seine Betreuungspflicht gegenüber den Angehörigen nicht ohne grössere Schwierigkeiten erfüllen kann» (Art. 16 Abs. 2 lit. f AVIG).
- 1119 Die täglich zumutbare Wegzeit in Art. 16 Abs. 2 lit. f AVIG wurde mit der zweiten AVIG-Revision von zwei auf vier Stunden erhöht.²⁵⁶³ Die Fahrzeit von vier Stunden soll nur in wenigen Grenzfällen angewendet werden.²⁵⁶⁴ Dabei ist bei fixen Ar-

²⁵⁵⁶ Siehe auch: Kapitel 13, N 984 und N 994.

²⁵⁵⁷ RIEMER-KAFKA/LISCHER, S. 533.

²⁵⁵⁸ NUSSBAUMER, N 297.

²⁵⁵⁹ RUBIN, N 32 zu Art. 16 AVIG.

²⁵⁶⁰ NUSSBAUMER, N 297.

²⁵⁶¹ SECO, AVIG-Praxis, ALE, N B290.

²⁵⁶² BGE 124 V 234, E. 4b/bb; RUBIN, N 37 zu Art. 16 AVIG.

²⁵⁶³ Botschaft 2. AVIG-Revision, BBl 1994 I 357.

²⁵⁶⁴ Votum Beerli, AB 1994 S 235.

beitszeiten auch die Wartezeit bis zur nächsten Verbindung mit dem öffentlichen Verkehr als Wegzeit anzurechnen.²⁵⁶⁵ Zugemutet wird mit dieser Bestimmung u.a. der Wochenaufenthalt am Arbeitsort und die Annahme einer Saisonstelle.²⁵⁶⁶

5. Abrufbereitschaft (Art. 16 Abs. 2 lit. g AVIG)

Die Einführung von Art. 16 Abs. 2 lit. g AVIG wurde damit begründet, dass eine Abrufbereitschaft, die über das zugesicherte Arbeitsvolumen hinausgehe, die Verwertung der verbleibenden Vermittlungsfähigkeit behindere und somit nicht im Interesse der Versicherung sei.²⁵⁶⁷ 1120

6. Schutzideen aus dem kollektiven Arbeitsrecht (Art. 16 Abs. 2 lit. e AVIG)

Mit der Unzumutbarkeit einer Arbeit in einem Betrieb, in dem wegen einer kollektiver Arbeitsstreitigkeit nicht normal gearbeitet wird (Art. 16 Abs. 2 lit. e AVIG), soll verhindert werden, dass die Einstellung einer arbeitslosen Person dazu verwendet wird, einen Streik zu brechen oder ansonsten als eine Eimischung in eine kollektive Streitigkeit gesehen werden kann.²⁵⁶⁸ 1121

7. Zwischenverdienst und lohnmässige Zumutbarkeit (Art. 16 Abs. 2 lit. i AVIG)

Wie Art. 16 Abs. 2 lit. a AVIG beschlägt Art. 16 Abs. 2 lit. i AVIG mit der lohnmässigen (Un-)Zumutbarkeit ebenfalls die Frage der Arbeitsbedingungen. Gemäss Art. 16 Abs. 2 lit. i AVIG muss grundsätzlich ein Lohn offeriert werden, der 70 % des versicherten Verdienstes entspricht. Ausnahmsweise wird eine Arbeit zumutbar, wenn im Rahmen der Zwischenverdienstregelung gem. Art. 24 AVIG eine Kompensationsleistung bezahlt wird. Ebenfalls ausnahmsweise ist eine tiefere Entlöhnung zu akzeptieren, wenn die tripartite Kommission zustimmt. Art. 16 Abs. 2 lit. i AVIG verwendet den Begriff der zumutbaren Arbeit in zwei unter- 1122

²⁵⁶⁵ Siehe dazu: LEU, Zumutbarkeit, S. 314.

²⁵⁶⁶ NUSSBAUMER, N 300.

²⁵⁶⁷ Botschaft 2. AVIG-Revision, BBl 1994 I 357; auch: NUSSBAUMER, N 301; siehe z.B. Urteil BGer 8C_625/2013 v. 23.01.2014 zur Bestimmung der Arbeitslosigkeit bei Arbeit auf Abruf.

²⁵⁶⁸ RUBIN, N 39 zu Art. 16 AVIG.

schiedlichen Funktionen: Im ersten Teil betreffend den Zwischenverdienst geht es um eine zumutbare Arbeit, die akzeptiert werden muss, die aber die Arbeitslosigkeit nicht beendet; im zweiten Teil (Arbeit wird mit Zustimmung der tripartiten Kommission für zumutbar erklärt) geht es hingegen um die zumutbare Arbeit, die, wenn sie akzeptiert wird, die Arbeitslosigkeit beendet.²⁵⁶⁹

Die Erklärung der Zumutbarkeit hat durch die kantonale Amtsstelle mit Zustimmung der tripartiten Kommission zu erfolgen und nicht wie im Gesetz erwähnt durch das RAV.²⁵⁷⁰

- 1123 Mit der Einführung der Zwischenverdienstregelung²⁵⁷¹ sollte erreicht werden, dass die Annahme einer Zwischenverdiensttätigkeit nicht mehr «im Belieben» der arbeitslosen Person liegt.²⁵⁷² Mit dem Zwischenverdienst wird den versicherten Personen eine lohnmässig unzumutbare Arbeit zugemutet. Diese Zumutung wird entschädigt durch die Kompensationszahlung, die als finanzieller Anreiz für die Zwischenverdiensttätigkeit ausgestaltet ist.²⁵⁷³ Wäre die Arbeit zumutbar, würde die Arbeitslosigkeit und somit jegliche Leistungspflicht beendet.²⁵⁷⁴ Diese Bestimmung wurde in der parlamentarischen Debatte u.a. als Einladung zur Lohndrückerei bezeichnet, da Arbeitgeber_innen so zu Lasten der Arbeitslosenversicherung tiefere Löhne durchsetzen können.²⁵⁷⁵ Die im Gegenzug eingeführten tripartiten Kommissionen sollten diesen Befürchtungen entgegenwirken, die Sozialpartnerschaft stärken und somit die politische Akzeptanz der Reform erhöhen.²⁵⁷⁶

Das BGer hielt in einem Entscheid von 2006 fest, dass die Zwischenverdienstlösung einen Anreiz für die Annahme von schlecht entlöhnter Arbeit schaffen wolle.²⁵⁷⁷ Dies kann m.E. nicht das Ziel sein, da damit offensichtlich dem Sozialziel aus Art. 41 Abs. 1 lit. d BV widersprochen würde. Art. 41 Abs. 1 lit. d BV fordert «angemessene Entlohnung», was nicht dasselbe ist wie eine schlechte Entlohnung.

- 1124 Eine Arbeit, die zwar 70 % oder mehr des versicherten Verdienstes einbringt oder die trotz des geringeren Verdienstes für zumutbar erklärt wurde – und somit i.S.v.

²⁵⁶⁹ RUBIN, N 45 f. zu Art. 16 AVIG; auch ausdrücklich: BGE 124 V 377, E. 2c/aa.

²⁵⁷⁰ BGE 128 V 311 zum diesbezüglichen gesetzgeberischen Versehen.

²⁵⁷¹ Mittels dringlichen Bundesbeschlusses, vgl. AS 1993 1066.

²⁵⁷² BGE 122 V 22, E. 4b; AB 1993 N 94 f. und AB 1993 S 110 f.

²⁵⁷³ NUSSBAUMER, N 409.

²⁵⁷⁴ Vgl. auch NUSSBAUMER, N 411 f.; BGE 129 V 201, E. 3.3.

²⁵⁷⁵ Voten Rechsteiner und Hafner, AB 1993 N 93.

²⁵⁷⁶ RUBIN, N 2 zu Art. 85d AVIG.

²⁵⁷⁷ Urteil BGer C 139/06 v. 13.10.2006, E. 2.1.

Art. 16 Abs. 2 lit. i AVIG zumutbar wäre –, aber deren Beschäftigungsbedingungen nicht orts- oder berufsüblich sind resp. nicht mit einem anwendbaren NAV oder GAV übereinstimmen, bleibt in Anwendung von Art. 16 Abs. 2 lit. a AVIG unzumutbar.²⁵⁷⁸

Art. 17 AVIV erläutert, in welchen Ausnahmefällen nach Art. 16 Abs. 2 lit. i AVIG 1125 eine tiefer entlohnte Arbeit mit der Zustimmung der tripartiten Kommission für zumutbar erklärt werden kann.

In der Praxis fand Art. 17 (lit. c) AVIV v.a. in Bezug auf Profisportler_innen Anwendung.²⁵⁷⁹ Jedoch auch ein Versicherter, der als Steinrichter tätig war und diesen Beruf aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr ausüben konnte, sah das ihm zumutbare Einkommen auf CHF 4'625 (ca. 46,7 % des versicherten Verdienstes von CHF 9'906) herabgesetzt.²⁵⁸⁰

Ein spannender Entscheid erging in Anwendung von Art. 17 lit. b AVIV: Ein Sozialhilfeempfänger erhielt im Rahmen eines Beschäftigungsprogramms in einem Projekt eines Hilfswerks einen bedarfsorientierten Lohn von CHF 5'362. Nach diesem einjährigen Einsatz arbeitete der Familienvater als Stufenhilfe und Behindertenbetreuer zu einem Monatslohn von CHF 3'341.35. Er meldete sich im Umfang von 40 % arbeitslos, da der neue Lohn nicht 70 % seines versicherten Verdienstes ausmachte. Der Anspruch auf Kompensationszahlungen wurde jedoch verneint und der Lohn von CHF 3'341.35 für zumutbar erklärt. Der versicherte Verdienst von CHF 5'362 sei im Verhältnis zum Bildungsstand, zur Berufserfahrung sowie zur ausgeübten Tätigkeit übersetzt gewesen.²⁵⁸¹ Dem Versicherten sei bewusst gewesen, dass es sich beim Lohn im Rahmen des Projekts um einen Soziallohn gehandelt habe. Die Vergütung sei nicht entsprechend seines Leistungsvermögens erfolgt, sondern eben angepasst an seinen Bedarf.²⁵⁸² Seit diesem Entscheid ist die Gesetzgebung dahingehend geändert worden, dass der Lohn aus einer arbeitsmarktlichen Massnahme – wozu auch die sozialhilferechtlichen Beschäftigungsprogramme zählen²⁵⁸³ – kein versicherter Verdienst darstellt (vgl. Art. 23 Abs. 3^{bis} AVIG).

²⁵⁷⁸ Vgl. BGE 124 V 62, E. 3b: «(Die) Unzumutbarkeitstatbestände müssen also kumulativ ausgeschlossen werden können, damit eine zumutbare Arbeit angenommen werden kann.»

²⁵⁷⁹ Siehe: Urteil BGer C 377/00 v. 07.02.2001, E. 3c; Urteil BGer C 174/03 v. 16.12.2003, E. 3.2.

²⁵⁸⁰ Urteil BGer 8C_688/2013 v. 11.02.2014, Sachverhalt.

²⁵⁸¹ Urteil BGer C 313/03 v. 07.08.2002, E. 3a (nicht publizierte Erwägung aus BGE 128 V 311).

²⁵⁸² Urteil BGer C 313/03 v. 07.08.2002, E. 3c (nicht publizierte Erwägung aus BGE 128 V 311).

²⁵⁸³ BGE 139 V 212, E. 4.1.

8. Lohnmässige Zumutbarkeit bei verminderter Leistungsfähigkeit (Art. 16 Abs. 3 AVIG)

- 1126 Bei verminderter Leistungsfähigkeit hat eine Arbeit nicht den berufs- und ortsüblichen Bedingungen zu entsprechen oder einen anwendbaren GAV oder NAV zu berücksichtigen. Von der Annahmepflicht sind diesfalls nur Tätigkeiten ausgeschlossen, bei welcher die Entlohnung geringer ist, als sie aufgrund der verminderten Leistungsfähigkeit sein müsste (Art. 16 Abs. 3 AVIG). Im Sinne des AVIG kann eine Person vorübergehend oder dauernd reduziert leistungsfähig sein.
- 1127 Die vorübergehend fehlende oder reduzierte Leistungsfähigkeit beurteilt sich nach Art. 28 AVIG und kann insbesondere durch Krankheit, Unfall oder Schwangerschaft entstehen. Dies betrifft auch Personen, die bereits an einer dauerhaften Beeinträchtigung resp. Behinderung leiden, aber trotzdem grundsätzlich vermittlungsfähig sind.²⁵⁸⁴ Mit Art. 28 AVIG wird vom Grundsatz, dass nur vermittlungsfähige Personen Anspruch auf Leistungen der ALV haben, abgewichen. Denn aufgrund dieser Regelung besteht auch bei Arbeitsunfähigkeit – die an sich die Vermittlungsfähigkeit nach sich zieht – ein Anspruch auf Taggelder.²⁵⁸⁵
- 1128 Die dauerhafte Leistungsreduktion beurteilt sich nach Art. 15 Abs. 2 AVIG und kann eine geistige oder körperliche Behinderung als Ursache haben. Damit ein Anspruch auf Leistungen der Arbeitslosenversicherung bestehen bleibt, muss jedoch stets eine Vermittlungsfähigkeit gegeben sein.²⁵⁸⁶ Diese beurteilt sich bei Personen mit Behinderung i.S.v. Art. 15 Abs. 2 AVIG anders als bei Personen ohne Leistungseinschränkung, indem nicht die Fähigkeit, eine i.S.v. Art. 16 AVIG zumutbare Arbeit anzunehmen, entscheidend ist, sondern die Vermittelbarkeit «unter Berücksichtigung» der Behinderung. Daher kommen nur Einsatzmöglichkeiten in Betracht, bei denen auf das Leistungsdefizit Rücksicht genommen wird. Zudem ist der «ausgeglichene Arbeitsmarkt» Bezugsgrösse. Dieser umfasst Stellenangebote, bei welchen mit einem sozialen Entgegenkommen durch die Arbeitgeber_in zu

²⁵⁸⁴ KUPFER BUCHER BARBARA, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum AVIG, in: Stauffer Hans-Ulrich/Cardinaux Basile (Hrsg.), Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, 5. Aufl., Zürich 2019, N 1 zu Art. 28 AVIG.

²⁵⁸⁵ RUBIN, N 63 zu Art. 15 AVIG; NUSSBAUMER, N 264; siehe ausführlich zur Frage der Vermittlungsfähigkeit von Schwangeren: OTTIMOIORE GIUSEPPA, L'aptitude au placement des femmes enceintes s'inscrivant au chômage peu avant la date prévue pour l'accouchement, SZS 6/2014, S. 547–581, und SZS 1/2015, S. 3–34.

²⁵⁸⁶ NUSSBAUMER, N 264 f.

rechnen ist. So entschädigt die ALV nur diejenige Erwerbslosigkeit nicht, die ganz oder überwiegend auf den Gesundheitszustand zurückzuführen ist.²⁵⁸⁷

Die Literatur scheint sich bisher noch nicht mit der Vereinbarkeit dieser Norm mit der BRK befassen zu haben; diese Bestimmungen wären in diesem Kontext kritisch zu analysieren (siehe zur BRK: Kapitel 12).

IV. Zumutbare Arbeit in den arbeitsmarktlichen Massnahmen

A. Entstehung und Ziel der arbeitsmarktlichen Massnahmen

1. Entstehung

Mit dem AVIG 1982 wurden die sogenannten Präventivmassnahmen gesetzlich 1129 verankert; Elemente davon fanden sich bereits in der gesetzlichen Ordnung von 1951.²⁵⁸⁸ Die Präventivmassnahmen haben sich im Verlaufe der AVIG-Revisionen zu den heutigen arbeitsmarktlichen Massnahmen entwickelt. Mit den Präventivmassnahmen sollte den Versicherten dort geholfen werden, wo sie mit dem wirtschaftlichen Wandel nicht Schritt halten können, damit ihnen ein möglichst rascher und angemessener Wiedereinstieg ins Erwerbsleben ermöglicht wird.²⁵⁸⁹ Die Massnahmen sollen nur zum Einsatz kommen, wenn sie in engem Zusammenhang mit dem Versicherungszweck stehen und namentlich die Vermittlungsfähigkeit positiv beeinflussen.²⁵⁹⁰ Dabei wird die berufliche und geografische Mobilität gefördert. Dies könne für den Einzelnen mit Unannehmlichkeiten verbunden sein.²⁵⁹¹

Mit der zweiten AVIG-Revision erfolgte die Reformierung der Programme zur 1130 vorübergehenden Beschäftigung. Dabei wurden die Arbeitslosen in die Pflicht genommen, damit die Arbeitslosenversicherung nicht zur sozialen Hängematte

²⁵⁸⁷ NUSSBAUMER, N 281.

²⁵⁸⁸ LEU, S. 22.

²⁵⁸⁹ Botschaft AVIG 1982, BBl 1980 III 535 f.

²⁵⁹⁰ Botschaft AVIG 1982, BBl 1980 III 536, 539.

²⁵⁹¹ Botschaft AVIG 1982, BBl 1980 III 537.

für die Arbeitsunwilligen werde.²⁵⁹² Jeder Leistung von Taggeldern wurde eine Gegenleistung gegenübergestellt. Dies wurde zur Missbrauchsbekämpfung als essenziell angesehen. Andererseits wurden die arbeitsmarktlichen Massnahmen auch als Unterstützung zur Verbesserung der Vermittlungsfähigkeit gesehen.²⁵⁹³

1995 wurde ein Anspruch der arbeitslosen Person auf eine vorübergehende Beschäftigung vorgesehen, soweit keine zumutbare Beschäftigung zugewiesen werden könnte (Art. 72a Abs. 1 AVIG 1995). Damit ging eine Verpflichtung der Kantone einher, mindestens 25'000 solcher Plätze für vorübergehende Beschäftigung zur Verfügung zu stellen (Art. 72b AVIG 1995). Bereits 2001 wurden der Anspruch und die Mindestzahl von Plätzen wieder abgeschafft. Es wurde erkannt, dass sich ein zu grosses Angebot an Arbeitsplätzen in Programmen kontraproduktiv auswirken könne und die Arbeitslosigkeit verlängere.²⁵⁹⁴

- 1131 Mit der dritten Revision des AVIG (2001–2003) folgte eine erneute Reform der arbeitsmarktlichen Massnahmen.²⁵⁹⁵ Die Art. 72–72c AVIG 1995 wurden aufgehoben und in die Art. 64a und 64b im neu strukturierten Kapitel zu den arbeitsmarktlichen Massnahmen integriert.²⁵⁹⁶ So kennt das AVIG heute drei verschiedene Arten von arbeitsmarktlichen Massnahmen: Bildungsmassnahmen, Beschäftigungsmassnahmen und spezielle Massnahmen.²⁵⁹⁷ Nachfolgend werden die Programme zur vorübergehenden Beschäftigung (PvB) nach Art. 64a Abs. 1 lit. a AVIG (N 1137 ff.) und die Berufspraktika nach Art. 64a Abs. 1 lit. b AVIG (N 1143 ff.) detaillierter dargestellt.

2. Ziel

- 1132 Arbeitsmarktliche Massnahmen verfolgen gem. Art. 59 Abs. 2 AVIG das Ziel, die Eingliederung von Versicherten, die aus «Gründen des Arbeitsmarktes erschwert vermittelbar sind», zu fördern. Die Vermittlungsfähigkeit soll zum Zweck der dauerhaften Wiedereingliederung verbessert werden (lit. a); die beruflichen Qualifikationen entsprechend den Bedürfnissen des Arbeitsmarkts gefördert werden

²⁵⁹² Votum Fasel, AB 1994 N 1547.

²⁵⁹³ Votum Früh, AB 1994 N 1549.

²⁵⁹⁴ LEU, S. 23.

²⁵⁹⁵ Dabei erfolgte eine Abkehr von einem System, das zwei verschiedenen Arten von Taggeldern vorsah, siehe hierzu die Erläuterungen von GERHARDS, S. 131 ff.

²⁵⁹⁶ Botschaft 3. AVIG-Revision, BBl 2001 2290.

²⁵⁹⁷ Zu den speziellen Massnahmen gehört auch der Einarbeitungszuschuss für erschwert vermittelbare Personen gem. Art. 65 AVIG, siehe dazu: LEU, S. 124 ff.

(lit. b); die Gefahr von Langzeitarbeitslosigkeit vermindert werden (lit. c); oder die Möglichkeit geboten werden, Berufserfahrung zu sammeln (lit. d).

Damit eine Massnahme also angezeigt ist, haben ein objektives und ein subjektives Element gegeben zu sein: Objektiv ist der aktuelle Bedarf des Arbeitsmarktes nach Arbeitskräften ausschlaggebend und subjektiv die Anpassungsbedürftigkeit der versicherten Person bezüglich dieser Nachfrage.²⁵⁹⁸ Die Abklärung, ob die arbeitsmarktliche Indikation im Einzelfall gegeben ist, hat Faktoren wie das Alter, den Zivilstand und die familiäre Situation, Ausbildung und die Sprachkenntnisse der Person zu berücksichtigen.²⁵⁹⁹ Aus Art. 59 Abs. 2 AVIG ergibt sich auch der Grundsatz der Eingliederungswirksamkeit einer Massnahme: Sie muss sich positiv auf die Vermittlungsfähigkeit auswirken,²⁶⁰⁰ wobei es besser wäre, auf die Verbesserung der Vermittelbarkeit, die sich unter Berücksichtigung der Arbeitsmarktsituation bestimmt, Bezug zu nehmen. Prognostisch ist im Einzelfall eine tatsächliche und erhebliche Förderung der Vermittelbarkeit in Bezug auf ein konkretes berufliches Ziel zu bejahen, wobei die Verhältnismässigkeit zu berücksichtigen ist.²⁶⁰¹

B. Abweichende Definition der zumutbaren Arbeit in Beschäftigungsmassnahmen

Die Zumutbarkeit einer Teilnahme an einer Beschäftigungsmassnahme wird in Art. 64a Abs. 2–4 AVIG abweichend von Art. 16 AVIG geregelt.

- Ein Programm zur vorübergehenden Beschäftigung i.S.v. Art. 64a Abs. 1 lit. a AVIG ist zumutbar, sofern die Beschäftigung dem Alter, den persönlichen Verhältnissen oder dem Gesundheitszustand des Versicherten angemessen ist (sinngemässe Anwendung lediglich von Art. 16 Abs. 2 lit. c AVIG).
- Ein Berufspraktikum hat überdies die Voraussetzungen von Art. 16 Abs. 2 lit. e (keine kollektive Arbeitsstreitigkeit), lit. f (Arbeitsweg), lit. g (keine ständige Abrufbereitschaft) und lit. h (keine Entlassung zum Zweck schlechterer Wiederbeschäftigung) AVIG zu erfüllen. Dass die Voraussetzungen betreffend

²⁵⁹⁸ NUSSBAUMER, N 667.

²⁵⁹⁹ NUSSBAUMER, N 668; LEU, S. 36.

²⁶⁰⁰ PÄRLI/HUG/PETRIK, N 837; LOCHER/GÄCHTER, § 35 N 61.

²⁶⁰¹ LOCHER/GÄCHTER, § 35 N 61.

Lohn (Art. 16 Abs. 2 lit. a und i AVIG) nicht anwendbar sind, ergibt sich aus der Logik, dass während der Teilnahme an den Beschäftigungsmassnahmen Taggelder – und nicht etwa Lohn – ausgerichtet werden.²⁶⁰²

- 1135 Diese Unterscheidungen zwischen einzelnen Massnahmen und zum ersten Arbeitsmarkt wurden 1995 eingeführt.²⁶⁰³ Im Parlament wurde argumentiert, es sei offensichtlich, dass für die Teilnahme an einer Beschäftigungsmassnahme die Zumutbarkeit breiter definiert werden müsse. Es handle sich dabei um ein Notprogramm und in dieser Phase sei den Arbeitslosen mehr zuzumuten.²⁶⁰⁴ Ebenfalls wurde beantragt, dass die Zumutbarkeitskriterien für die Programme zur vorübergehenden Beschäftigung gestrichen werden. Denn es gehe zu weit, wenn «sogar noch» die vorübergehende Beschäftigung von Zumutbarkeitskriterien abhängig gemacht werde. Wem keine zumutbare Arbeit zugewiesen werden könne, solle eine vorübergehende Beschäftigung nicht ablehnen dürfen. Bei normalen Arbeitsverhältnissen seien die Zumutbarkeitsüberlegungen angebracht, nicht jedoch bei öffentlichen Programmen, da dies wiederum Missbräuchen und Verweigerungshaltungen Vorschub gebe.²⁶⁰⁵
- 1136 Dagegen wurde eingewendet, dass insbesondere Berufspraktika auch in der Privatwirtschaft durchgeführt würden und hier eine (eingeschränkte) Zumutbarkeitsregel angemessen sei.²⁶⁰⁶ Des Weiteren ergebe es keinen Sinn, Personen bedingungslos in ein Beschäftigungsprogramm zu zwingen. Die Plätze seien motivierten Personen zur Verfügung zu stellen.²⁶⁰⁷ Insgesamt gehe es mit den eingeschränkten (Un-)Zumutbarkeitsgründen nicht darum, Möglichkeiten zu schaffen, um Beschäftigungsprogrammen auszuweichen. Die Konditionen seien wesentlich härter und «dort kann keiner geltend machen, wegen seiner Fähigkeiten könne er nicht an einem Beschäftigungsprogramm teilnehmen; dort kann keiner geltend machen, die Wiederbeschäftigung würde dadurch erschwert. Nach unserer Überzeugung ist es wichtig, dass jeder Arbeitslose in die Pflicht genommen werden kann, in ein Beschäftigungsprogramm zu gehen; dort darf er fast keine Einwände erheben.»²⁶⁰⁸

²⁶⁰² Vgl. Art. 59b AVIG.

²⁶⁰³ Damals noch Art. 72a AVIG.

²⁶⁰⁴ Votum Couchepin, AB 1994 N 1573.

²⁶⁰⁵ Votum Büttiker, AB 1995 S 112 f.

²⁶⁰⁶ Votum Beerli, AB 1995 S 113; siehe auch: NUSSBAUMER, N 724.

²⁶⁰⁷ Votum Onken, AB 1995 S 113.

²⁶⁰⁸ Votum David, AB 1994 N 1572.

C. Programm zur vorübergehenden Beschäftigung (PvB)

Die PvB gem. Art. 64a Abs. 1 lit. a AVIG bezwecken, «die möglichst rasche und dauerhafte berufliche Eingliederung bzw. Wiedereingliederung» zu erleichtern. Ein anderer Zweck als die Eingliederung darf nicht verfolgt werden.²⁶⁰⁹ Das SECO hat erkannt, dass das Ziel der raschen Wiedereingliederung nur zu erreichen ist, wenn die Tätigkeit arbeitsmarktnah ist und der Ausbildung sowie den Fähigkeiten der versicherten Person entspricht. Zusätzlich werden integrierte Bildungsanteile gefordert, die auf die Bedürfnisse des Arbeitsmarktes und auf diejenigen der versicherten Personen ausgerichtet sind. Die Tätigkeiten müssen «ausserordentlicher Natur sein», was bedeutet, dass sie nicht in einem Stellenplan vorgesehen und nicht unbedingt notwendig sein dürfen. Ordentliche Tätigkeiten dürfen auf keinen Fall 50 % der Präsenzzeit überschreiten. Die restliche Zeit muss für ausserordentliche Tätigkeiten oder Bildungsanteile und Stellensuche aufgewendet werden.²⁶¹⁰ 1137

Die Zumutbarkeit, wie sie vom SECO umschrieben wird, kann als «zielorientierte» Zumutbarkeit beschrieben werden. Die Ausbildung und die Fähigkeiten werden einbezogen, um zu eruieren, ob die Zielerreichung möglich sein wird. Diese «Zielorientierung» wird in der Rechtsprechung zu den PvB nicht reflektiert – obwohl darin das Wesentliche einer Zumutbarkeitsprüfung, nämlich die Zweck-Mittel-Relation, enthalten ist. Das Bundesgericht hält unmissverständlich fest, dass die Fähigkeiten, die Ausbildung oder die Berufserfahrung nicht zu berücksichtigen sind.²⁶¹¹ 1138

Demnach ist eine Arbeit als Putzkraft in einer Firma, die auf das Rezyklieren spezialisiert ist, für jemanden mit einer universitären Bildung in Wirtschaftsinformatik, der zuvor u.a. als Journalist, Informatiker und Übersetzer gearbeitet hat, zumutbar.²⁶¹² Ein IT-Sachbearbeiter ist somit verpflichtet, an einem Programm teilzunehmen, bei dem er im Bereich «Bücherservice/Geschichtsgruppe» eingesetzt wird und das Ziel verfolgt, die Sozialkompetenzen und Selbstkompetenzen (Pünktlichkeit, Interesse, Motivation und Ausdauer) sowie Fachkompetenzen (Arbeitstempo, Qualität, Ordnung) zu fördern.²⁶¹³

²⁶⁰⁹ SECO, AVIG-Praxis, AMM, G1.

²⁶¹⁰ SECO, AVIG-Praxis, AMM, G2.

²⁶¹¹ Urteil BGer 8C_265/2012 v. 16.04.2013, E. 4.1.

²⁶¹² Urteil BGer 8C_577/2011 v. 31.08.2012, E. 3.

²⁶¹³ Urteil BGer 8C_128/2016 v. 13.04.2016, E. 3.1.1.

- 1139 Hingegen hat eine vorübergehende Beschäftigung auf die persönlichen Verhältnisse Rücksicht zu nehmen. Dazu gehört gem. Urteil BGer 8C_931/2011 v. 24.07.2012, dass Möglichkeiten zum Stillen des eigenen Kindes geboten werden. Wenn diese suboptimal seien, sei dies noch nicht per se unzumutbar. Die Stillende hat gem. diesem Entscheid auch nebst einer bereits bestehenden Teilzeittätigkeit an einem PvB teilzunehmen.²⁶¹⁴
- 1140 Insgesamt ist gem. BGer «angesichts von Sinn und Zweck der vorübergehenden Beschäftigung [...] eine Unzumutbarkeit nur mit Zurückhaltung anzunehmen».²⁶¹⁵ Dabei verweist das BGer auf die Ausführungen von NUSSBAUMER,²⁶¹⁶ ohne zu erwähnen, was Sinn und Zweck der Programme ist.
- 1141 Nach hier vertretener Ansicht ist für die Erreichung des Zwecks notwendigerweise auf die Fähigkeiten und die bisherige berufliche Erfahrung Rücksicht zu nehmen. Ansonsten kann nicht beurteilt werden, ob das Programm geeignet ist, den Zweck der dauerhaften und raschen Wiedereingliederung zu erreichen. Einem Programm, das nicht den Fähigkeiten entspricht, wird dies nicht gelingen. Indem das Bundesgericht diese Aspekte nicht prüft, wird der in Art. 59 Abs. 2 AVIG festgehaltene Grundsatz der Eingliederungswirksamkeit in Frage gestellt.
- 1142 Es offenbart sich hier ein grundsätzlicher Konflikt: Entweder soll eine arbeitsmarktliche Massnahme (und ein PvB insbesondere) die Wiedereingliederung zum Ziel haben, was eine differenziertere Beurteilung der Zumutbarkeit zu bedingen scheint, oder aber es soll darum gehen, dass die arbeitslosen Personen eine «Gegenleistung» für die Versicherungsleistung erbringen und sie somit individuell für ihre Arbeitslosigkeit verantwortlich gemacht werden. Deshalb sollen sie sich «nicht mehr hinter Zumutbarkeitskriterien verstecken» können. Dieser Konflikt widerspiegelt sich auch in der Entstehungsgeschichte der Beschäftigungsmassnahmen (siehe N 1129). Die restriktive Umschreibung der Zumutbarkeit im Gesetz und die ausbleibende eingehende Prüfung der Zweckmässigkeit des Programms führt

²⁶¹⁴ Stillenden ist seit Juni 2014 die für das Stillen resp. Abpumpen der Milch erforderliche Zeit als bezahlte Arbeitszeit anzurechnen, siehe Art. 35a ArG i.V.m. Art. 60 ArGV 1; zum Ganzen: PÉRRENOUD STÉPHANIE, La protection de la maternité. Etude de droit suisse, international et européen, Diss. Lausanne, Bern 2015, S. 1079 ff., insbes. S. 1086 ff.

²⁶¹⁵ Urteil BGer 8C_384/2018 v. 23.08.2018, E. 3.2; auch bereits Urteil BGer C 113/04 v. 02.09.2004, E. 3.2.

²⁶¹⁶ Siehe Hinweis in Urteil BGer C 113/04 v. 02.09.2004, E. 3.2, auf NUSSBAUMER, 2. Aufl., N 672, NUSSBAUMER, N 724, nennt nunmehr die berufliche Wiedereingliederung als Ziel.

dazu, dass eine Pflicht zur Teilnahme an irgendeinem Programm besteht. Es erstaunt dementsprechend nicht, dass die Programme gem. RUBIN heute gebraucht werden, um zu testen, ob eine Person effektiv vermittlungsfähig ist oder ob sie nicht schwarzarbeitet, und so als Instrument der Missbrauchsbekämpfung eingesetzt werden.²⁶¹⁷

D. Berufspraktika

Ziel eines Berufspraktikums ist die Wiedereingliederung von Versicherten durch das Sammeln von Berufserfahrung und das Knüpfen von Kontakten im angestammten oder einem nahe verwandten Berufsfeld.²⁶¹⁸ Hier erkennt das SECO, dass dieses Ziel nur dann sinnvoll zu erreichen ist, wenn auf die Fähigkeiten und den angestammten Beruf Rücksicht genommen wird. Ein Berufspraktikum kann bei einer Überforderung oder Nichteignung in gegenseitigem Einvernehmen abgebrochen werden, ohne dass Sanktionen erwachsen würden.²⁶¹⁹ 1143

Die Berufspraktika stehen auch Personen offen, die eine besondere Wartezeit von 120 Tagen gem. Art. 18 Abs. 2 AVIG i.V.m. Art. 6 Abs. 1^{ter} AVIV aufgrund einer Befreiung von der Beitragspflicht i.S.v. Art. 14 Abs. 1 lit. a, lit. b oder lit. c AVIG zu absolvieren haben (Art. 18 Abs. 2 AVIG). Mit einer Teilnahme an einem Berufspraktika entsteht ein Anspruch auf ein Taggeld von CHF 102/Tag während der Wartezeit.²⁶²⁰ Allerdings stehen die Berufspraktika diesen Gruppen nur dann zur Verfügung, wenn die Arbeitslosenquote über 3,3 % liegt (Art. 64a Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 6 Abs. 1^{ter} AVIV).

Der selbstverschuldete Abbruch eines Praktikums führt zur Einstellung in der Anspruchsberechtigung. Selbstverschuldet ist ein Abbruch etwa, wenn es am «notwendigen Interesse» fehlt, sich neues technisches Wissen anzueignen. Diesfalls könne nicht von einer Überforderung ausgegangen werden, die zur Unzumutbarkeit der Stelle führen würde.²⁶²¹ 1144

Die während des Praktikums ausgeübte Beschäftigung sollte nicht ausschliesslich produktiver Art sein, damit für Stellensuche sowie Aus- und Weiterbildung genügend Zeit zur Verfügung steht.²⁶²² Durch eine Unstimmigkeit mit dem Einsatz- 1145

²⁶¹⁷ RUBIN, N 1 zu Art. 64a AVIG.

²⁶¹⁸ SECO, AVIG-Praxis, AMM, I2.

²⁶¹⁹ SECO, AVIG-Praxis, AMM, I10.

²⁶²⁰ Siehe dazu auch: RUBIN, N 12 zu Art. 64a AVIG.

²⁶²¹ Urteil BGer C 20/06 v. 30.10.2006, E. 3.

²⁶²² SECO, AVIG-Praxis, AMM, I 2.

betrieb darüber, wann die geeignete Zeit zur Stellensuche ist, wird der Verbleib an diesem Praktikumsplatz nicht unzumutbar.²⁶²³

- 1146 Die Rechtsprechung zu den Berufspraktika ist weniger umfangreich als diejenige zu den PvB. Soweit ersichtlich erging nur das soeben zitierte Urteil des BGer. Es scheint aber, dass mit der Beschränkung der Zumutbarkeitsprüfung auf wenige Kriterien die Eingliederungswirksamkeit der Massnahme nicht berücksichtigt wird. Dies ist nicht nur in einer individuellen Betrachtung beklagenswert, sondern wirft auch die Frage nach einem verhältnismässigen Einsatz staatlicher Mittel auf. Für eine sinnvolle Zielerreichung sind zumindest zusätzlich die Fähigkeiten zu berücksichtigen.

E. Weitere Aspekte

1. Zeitliche Beschränkung

- 1147 Die Dauer der Teilnahme an einer Beschäftigungsmassnahme richtet sich nach den Bedürfnissen der versicherten Person, sofern das Gesetz keine besondere Beschränkung vorsieht.²⁶²⁴ Eine Teilnahme an einem Programm zur vorübergehenden Beschäftigung soll maximal sechs Monate dauern²⁶²⁵ und dauert im Durchschnitt drei bis vier Monate. Berufspraktika dauern maximal sechs Monate, in der Praxis durchschnittlich 4,5 Monate.²⁶²⁶ Zudem müssen alle Beschäftigungsmassnahmen immer zugunsten einer zumutbaren Arbeit – deren Annahme die Arbeitslosigkeit beendet – bzw. das Motivationssemester zugunsten einer zumutbaren Ausbildung abgebrochen werden.²⁶²⁷

Ebenfalls andere Massnahmen unterliegen klaren zeitlichen Begrenzungen: Einarbeitungszuschüsse sind während sechs Monaten (für ältere Arbeitslose maximal auf zwölf Monate verlängerbar) vorgesehen²⁶²⁸ und ein Ausbildungspraktikum hat höchstens drei Monate zu dauern.²⁶²⁹

²⁶²³ Urteil BGer C 20/06 v. 30.10.2006, E. 3.

²⁶²⁴ SECO, AVIG-Praxis, AMM, A1.

²⁶²⁵ LEU, S. 107.

²⁶²⁶ Eidgenössische Finanzkontrolle, S. 3.

²⁶²⁷ Nussbaumer, N 732.

²⁶²⁸ Art. 66 Abs. 2 AVIG.

²⁶²⁹ SECO, AVIG-Praxis, AMM, D3.

2. Rechtsbeziehungen

Die Organisation des Beschäftigungsprogramms und die Teilnehmer_innen stehen nicht in einem Arbeitsverhältnis zueinander, sondern in einem Vertragsverhältnis *sui generis*.²⁶³⁰ Dessen Konturen ergeben sich aus den gesetzlichen Vorgaben zur Ausgestaltung der Massnahmen und aus der SECO-Praxis zu den arbeitsmarktlichen Massnahmen. So hat die zuständige Amtsstelle mit den Organisatoren eine Leistungsvereinbarung zu schliessen (Art. 81d AVIV) und zwischen allen drei Akteur_innen (Einsatzbetrieb, Amtsstelle und versicherte Person) wird eine Zielvereinbarung geschlossen.²⁶³¹ Bei einem Berufspraktikum hat sie über die Rechte und Pflichten Auskunft zu geben und die Sanktionsmodalitäten festzuhalten. Zudem ist ein Tätigkeitsprogramm zu erstellen.²⁶³² Betriebe, die ein Berufspraktikum anbieten, haben sich an den Taggeldern der versicherten Person finanziell mit 25 % resp. mindestens CHF 500/Monat zu beteiligen und die Teilnehmer_innen haben Anspruch auf ein Arbeitszeugnis.²⁶³³ 1148

3. Tripartite Kommissionen

Das AVIG sieht den Einsatz ständiger tripartiter Kommissionen vor. Aufgabe der tripartiten Kommissionen ist es u.a., über die Zumutbarkeit einer Arbeit gem. Art. 16 Abs. 2 lit. i AVIG zu entscheiden. Zudem werden die tripartiten Kommissionen über die Durchführung von PvB und Berufspraktika informiert und zur Beratung beigezogen.²⁶³⁴ Sollen Private PvB durchführen, bedarf dies ebenfalls der Zustimmung der tripartiten Kommission.²⁶³⁵ Die Schaffung der tripartiten Kommissionen geht auf die zweite AVIG-Revision zurück. Ziel war es, die Sozialpartnerschaft in der ALV zu stärken, da durch die gleichzeitige Stärkung der arbeitsmarktlichen Massnahmen das Bedürfnis für Massnahmen gegen Sozialdumping und unlauteren Wettbewerb stieg. Die tripartiten Kommissionen werden 1149

²⁶³⁰ BGE 125 V 360, E. 2b; Urteil BGER 9C_311/2010 v. 02.08.2010, E. 4.1; Urteil BGER C 466/99 v. 12.02.2001, E. 3.

²⁶³¹ NUSSBAUMER, N 725; SECO, AVIG-Praxis, AMM, A25.

²⁶³² SECO, AVIG-Praxis, AMM, I22.

²⁶³³ LEU, S. 112; SECO, AVIG-Praxis, AMM, I12.

²⁶³⁴ SECO, AVIG-Praxis, AMM, G4, I5.

²⁶³⁵ SECO, AVIG-Praxis, AMM, G 13.

als Instrument der Missbrauchsbekämpfung gesehen²⁶³⁶ und tragen dazu bei, die Zumutbarkeit der Arbeitsbedingungen im System der Arbeitslosenversicherung zu sichern.

4. Evaluationen

- 1150 Gemäss Art. 73a AVIG sind die Massnahmen der ALV auf ihre Wirksamkeit zu überprüfen, wichtige Evaluationsergebnisse dem Bundesrat zur Kenntnis zu bringen und zu veröffentlichen. Dies trägt dem Verfassungsauftrag Rechnung, dass sämtliche Massnahmen des Bundes auf ihre Wirksamkeit und Zielgerichtetheit überprüft werden müssen.²⁶³⁷
- 1151 Einige dieser Evaluationen²⁶³⁸ betrachten die PvB und die Berufspraktika durchaus kritisch, da diese Massnahmen die Arbeitslosigkeit eher verlängerten, weil während der Dauer der Massnahme weniger intensiv nach einer Stelle gesucht werde und so ein «lock-in»-Effekt entstehe.²⁶³⁹ Im Allgemeinen wurden arbeitsmarktliche Massnahmen mit einem engen Arbeitsmarktbezug, wie z.B. Einarbeitungszuschüsse, im Vergleich zu den oben erwähnten Beschäftigungsmassnahmen positiver bewertet und der Effekt Letzterer auf eine zukünftige Erwerbstätigkeit als «relativ klein» beschrieben.²⁶⁴⁰ Positiver bewertet werden zielgruppenspezifische und individualisierte Angebote wie etwa Coachings.²⁶⁴¹

²⁶³⁶ RUBIN, N 2 zu Art. 85d AVIG.

²⁶³⁷ Siehe Art. 170 BV; LEU, S. 178.

²⁶³⁸ Ein vollständiger Überblick über die zahlreichen Evaluationen kann hier nicht geboten werden.

²⁶³⁹ EIDGENÖSSISCHE FINANZKONTROLLE, S. 23; siehe zum «lock-in»-Effekt auch N 349.

²⁶⁴⁰ Ecoplan, Auswirkungen der Arbeitslosigkeit auf Einkommen und Erwerbsbiografien, SECO Publikation Arbeitsmarktpolitik, No. 34 (09.2013), S. 24.

²⁶⁴¹ B, S, S, Volkswirtschaftliche Beratung, Die Wirkung von arbeitsmarktlichen Massnahmen. Eine Analyse bisheriger Evaluationen, SECO Publikation Arbeitsmarktpolitik No. 54 (09.2018), S. 50.

V. Folgen der Nichtannahme zumutbarer Arbeit: Sanktionen

A. Allgemeines

Wird die Schadenminderungspflicht gem. Art. 17 AVIG verletzt, so drohen gem. 1152 Art. 30 AVIG sog. Einstelltage. Sanktioniert werden kann u.a., wer eine zumutbare Arbeit nicht annimmt, wer eine arbeitsmarktliche Massnahme ohne entschuldbaren Grund nicht antritt oder abbricht oder deren Durchführung oder Zweck durch sein eigenes Verhalten beeinträchtigt oder verunmöglicht (Art. 30 Abs. 1 lit. d AVIG). Dies wird als besonderer Fall einer Missachtung der Kontrollvorschriften oder der Weisungen der zuständigen Amtsstelle betrachtet. Es besteht also eine Wechselwirkung zwischen der Zumutbarkeit und den arbeitslosenversicherungsrechtlichen Sanktionen.²⁶⁴² Nehme eine Person entgegen einer Weisung nicht an einer arbeitsmarktlichen Massnahme teil, vermindere dies zwar nicht unmittelbar die finanzielle Last der Arbeitslosenversicherung, aber mit einer Weigerung, daran teilzunehmen, werde indirekt Schaden zugefügt: Eine Person, die nicht am Programm teilnehme, verpasse die Möglichkeit, eine Beschäftigung auszuüben, und vermindere so die Vermittlungsfähigkeit, was die allgemeine Schadenminderungspflicht verletze.²⁶⁴³

Ein mehrmaliger Verstoss gegen die Pflicht, eine zumutbare Arbeit anzunehmen, 1153 kann dazu führen, dass die Vermittlungsfähigkeit einer Person verneint wird und sie dementsprechend den Anspruch auf ALE verliert. Somit können Pflichtverletzungen zu sanktionsweisen Kürzungen resp. Einstellungen der Leistungen oder zum Verlust der Anspruchsberechtigung führen.

Beide Konsequenzen der Verletzung der Schadenminderungspflicht werden nach- 1154 folgend erläutert. Zu erwähnen ist, dass die Entscheidung über die Sanktion bei einer Verletzung der Pflicht, sich um zumutbare Arbeit zu bemühen, und bei der Verletzung der Auflage, an arbeitsmarktlichen Massnahmen teilzunehmen, nicht durch die Arbeitslosenkasse, welche die Taggelder ausrichtet, sondern durch die zuständige kantonale Amtsstelle ausgesprochen wird.²⁶⁴⁴

²⁶⁴² NUSSBAUMER, N 309.

²⁶⁴³ BGE 125 V 197, E. 6.

²⁶⁴⁴ RUBIN, Suspension, S. 1 f.

B. Befristete Einstellung in der Anspruchsberechtigung

- 1155 Die Dauer der Einstellung in der Anspruchsberechtigung gem. Art. 30 Abs. 1 lit. d AVIG bemisst sich nach dem Grad des Verschuldens (Art. 30 Abs. 3 AVIG). Maximal ist eine Einstellung von 60 Tagen vorgesehen, welche jedoch den Fällen von schwerem Verschulden vorbehalten ist (Art. 45 Abs. 3 lit. c AVIV). Nebst der Aufgabe einer zumutbaren Arbeitsstelle ohne Zusicherung einer neuen Arbeitsstelle gilt das Ablehnen einer zumutbaren Arbeit als Tatbestand des schweren Verschuldens (Art. 45 Abs. 4 lit. b AVIV).
- 1156 Die Nichtteilnahme an einer arbeitsmarktlichen Massnahme wird von Art. 45 Abs. 4 AVIV nicht als schweres Verschulden qualifiziert. Es ist daher maximal von einem mittelschweren Verschulden auszugehen, womit maximal 30 Einstelltage ausgesprochen werden können. Eine angemessene Verlängerung der Einstelldauer ist bei einer wiederholten Einstellung in der Anspruchsberechtigung möglich (Art. 45 Abs. 5 AVIV). Von einer Wiederholung ist auszugehen, wenn in den letzten zwei Jahren bereits eine Einstellung verfügt wurde,²⁶⁴⁵ selbst wenn die Einstellung wegen unterschiedlicher Pflichtverletzungen erfolgt ist.²⁶⁴⁶ Die SECO-Praxis geht bei einem zweimaligen Nichtantritt eines PvB von einem mittleren bis schweren Verschulden aus und sieht 31–37 Einstelltage für dieses Vergehen vor. Beim dritten Abbruch oder Nichtantritt erfolgt eine Überprüfung der Vermittlungsfähigkeit und damit der Anspruchsberechtigung zum Bezug von ALE (N 1159).²⁶⁴⁷
- 1157 Bei der Beurteilung des Verschuldens und der Dauer der Einstellung sind objektive und subjektive Faktoren zu berücksichtigen. Dem Verhältnismässigkeitsprinzip ist Rechnung zu tragen.²⁶⁴⁸ Berücksichtigt werden z.B. die persönlichen Verhältnisse, wozu u.a. die familiäre Situation, die Religionszugehörigkeit, das Alter und der Gesundheitszustand gezählt werden.²⁶⁴⁹ Diese Umstände haben auch bei der Qualifikation der Schwere des Verschuldens berücksichtigt zu werden. Liegt nämlich ein entschuldbarer Grund für das Verhalten vor, handelt es sich nicht um ein schweres Verschulden und es kann von der minimalen Einstelldauer von 31 Tagen

²⁶⁴⁵ NUSSBAUMER, N 865; kritisch zur genügenden gesetzlichen Grundlage von Art. 45 Abs. 5 AVIV: RUBIN, N 97 zu Art. 30 AVIG.

²⁶⁴⁶ RUBIN, N 100 zu Art. 30 AVIG.

²⁶⁴⁷ SECO-Praxis, ALE, D79, 3.C.

²⁶⁴⁸ BGE 130 V 125, E. 3.5; Urteil BGer 8C_577/2011 v. 31.08.2012, E. 3.2.2; NUSSBAUMER, N 861; RUBIN, N 96 zu Art. 30 AVIG; MEIER/PÄRLI, N 87.

²⁶⁴⁹ RUBIN, N 101 zu Art. 30 AVIG.

abgewichen werden und eine tiefere Sanktion ausgesprochen werden.²⁶⁵⁰ Diese Umstände dürfen das Ablehnen der Stelle jedoch nicht rechtfertigen, denn diesfalls müsste die Stelle als unzumutbar qualifiziert werden, was eine Sanktion ausschliessen würde.²⁶⁵¹

Die Dauer der Einstellung ist eine «typische Ermessensfrage», welche das Bundesgericht nicht überprüft.²⁶⁵² Wird jedoch das Ermessen rechtsfehlerhaft ausgeübt (Überschreitung, Unterschreitung oder Missbrauch des Ermessens), schreitet das Bundesgericht ein. So wurde ein Ermessensmissbrauch festgestellt, als das kantonale Gericht eine wegen einer Nichtteilnahme an einem PvB verhängte Sanktion aufgrund der erst kurzen Dauer der Arbeitslosigkeit reduzierte. Die Dauer der Arbeitslosigkeit ist gemäss der Rechtsprechung und den gesetzlichen Grundlagen kein Element, welches es bei der Bestimmung des Grads des Verschuldens zu berücksichtigen gilt.²⁶⁵³ 1158

Die in kantonalen Entscheiden geschützte Einstellungsdauer zeigt, dass der oben dargestellten SECO-Praxis offenbar häufig gefolgt wird. Beispielsweise wurden 21 Einstellungstage wegen Nichtantritt einer arbeitsmarktlichen Massnahme verhängt,²⁶⁵⁴ 25 Einstellungstage, weil nicht am Vorstellungsgespräch zur arbeitsmarktlichen Massnahme teilgenommen wurde,²⁶⁵⁵ oder 22 Einstellungstage, weil das Vorstellungsgespräch zu einer Massnahme zu spät verschoben wurde.²⁶⁵⁶

C. Verlust der Anspruchsberechtigung

Anspruch auf ALE hat gem. Art. 8 Abs. 1 lit. f AVIG nur, wer vermittlungsfähig ist, d.h., wer wie in Art. 15 AVIG umschrieben bereit, in der Lage und berechtigt ist, zumutbare Arbeit anzunehmen und an Eingliederungsmassnahmen teilzunehmen. Die Vermittlungsfähigkeit enthält ein subjektives Element, welches die Bereitschaft umfasst, eine Arbeit anzunehmen und an Eingliederungsmassnahmen teilzunehmen, und ein objektives Element, mit welchem beschrieben wird, dass 1159

²⁶⁵⁰ BGE 130 V 125, E. 3.5; vgl. Art. 45 Abs. 4 AVIV.

²⁶⁵¹ Siehe auch: LEU, Zumutbarkeit, S. 319.

²⁶⁵² Statt vieler: Urteil BGer 8C_384/2019 v. 23.08.2019, E. 3.2.

²⁶⁵³ Urteil BGer 8C_577/2011 v. 31.08.2012, E. 3.2.3.

²⁶⁵⁴ Urteil BGer 8C_128/2016 v. 13.04.2016; Urteil BGer 8C_384/2019 v. 23.08.2018; siehe auch: MEIER/PÄRLI, N 80 mit anderen Beispielen.

²⁶⁵⁵ Sozialversicherungsgericht ZH, Urteil AL.2012.00210 v. 14.03.2013.

²⁶⁵⁶ Sozialversicherungsgericht BS, Urteil AL.2018.28 v. 10.12.2018.

jemand in der Lage und berechtigt ist, eine Arbeit anzunehmen oder an Eingliederungsmassnahmen teilzunehmen.²⁶⁵⁷

- 1160 Zur Bestimmung der Vermittlungsfähigkeit sind die Grenzen einer zumutbaren Arbeit gem. Art. 16 AVIG hinzuzuziehen, was dazu führt, dass sie nicht absolut definiert werden kann, sondern von einer Person zur nächsten variiert.²⁶⁵⁸ Bei der Bestimmung der Vermittlungsfähigkeit spielt die Chance auf eine neue Stelle keine Rolle; auch eine Person, deren Arbeitsbemühungen zu keiner Anstellung führen, ist i.S.v. Art. 15 AVIG vermittlungsfähig.²⁶⁵⁹

Dies illustriert BGE 143 V 168, in welchem das Bundesgericht festhielt, dass die Vermittlungsfähigkeit einer Mutter in der Zeit zwischen der 8. und der 16. Woche nach der Niederkunft nicht mit der Begründung verneint werden könne, dass ein potentieller Arbeitgeber überwiegend wahrscheinlich nicht bereit sei, mit einer Schwangeren einen Arbeitsvertrag für Nacharbeit abzuschliessen, nur weil sie nach Stellenantritt jederzeit eine Tagesarbeit verlangen könne. Die gegenteilige Sicht des kantonalen Gerichts unterstellt den in Frage kommenden Arbeitgeber_innen eine Haltung, die als verbotene Anstellungsdiskriminierung gem. GIG zu qualifizieren wäre und zu Entschädigungsansprüchen führen würde. Analog wurde in BGE 146 V 210 mit Bezug auf eine schwangere Frau entschieden.

- 1161 Die subjektive Vermittlungsfähigkeit umfasst die Bereitschaft, aktiv alle zumutbaren Schritte zur Wiedereingliederung in den Arbeitsmarkt zu unternehmen (vgl. Art. 15 AVIG). Werden diese Schritte nicht unternommen, ist dies in erster Linie Anlass für eine befristete Einstellung gem. Art. 30 Abs. 1 lit. d AVIG (siehe N 1155). Erst die wiederholte Verletzung der Pflichten kann ausnahmsweise zur Verneinung der subjektiven Vermittlungsfähigkeit führen.²⁶⁶⁰ Die subjektive Vermittlungsfähigkeit bedingt mehr als eine Willenshaltung oder eine bloss verbal erklärte Vermittlungsbereitschaft; die versicherte Person muss sich der öffentlichen Arbeitsvermittlung zur Verfügung stellen, angebotene, zumutbare Arbeit annehmen und sich selbst intensiv um eine zumutbare Stelle bemühen. Zusätzlich ist die Bereitschaft vorausgesetzt, an Eingliederungsmassnahmen teilzunehmen und die Weisungen der Durchführungsorgane zu befolgen.²⁶⁶¹
- 1162 Die Vermittlungsfähigkeit kann erst am Ende eines Prozesses, in welchem wiederholt immer länger dauernde Sanktionen ausgesprochen wurden, verneint werden.

²⁶⁵⁷ LOCHER/GÄCHTER, § 16 N 19.

²⁶⁵⁸ RUBIN, N 8 zu Art. 15 AVIG; SCARTAZZINI/HÜRZELER, § 20 N 77.

²⁶⁵⁹ RUBIN, N 17 zu Art. 15 AVIG.

²⁶⁶⁰ LOCHER/GÄCHTER, § 16 N 25.

²⁶⁶¹ Urteil BGer 8C_246/2014 v. 24.06.2014, E. 2.

Dies hat zudem während einer relativ kurzen Zeit zu geschehen und insgesamt in einer Art, die der versicherten Person zu verstehen gibt, dass ihr Verhalten den Anspruch auf ALE gefährdet.²⁶⁶² Das gesamte Verhalten der versicherten Person ist massgebend, um zu entscheiden, ob das wiederholte Nichtantreten oder Abbrechen einer arbeitsmarktlichen Massnahme zur Annahme der Vermittlungsunfähigkeit führen kann.²⁶⁶³

Beispielsweise war die Verneinung der Vermittlungsbereitschaft einer Versicherten, die drei Mal ein Programm nicht angetreten oder es abgebrochen hat, unter Berücksichtigung der gesamten Umstände gerechtfertigt. Die erste Nichtteilnahme war mit 25 Einstelltagen sanktioniert worden und die Betroffene wurde darauf hingewiesen, dass bei weiteren Pflichtverletzungen allenfalls die Vermittlungsfähigkeit verneint werde. Die zweite Nichtteilnahme wurde mit 35 Einstelltagen geahndet und somit bereits im Bereich des schweren Verschuldens angesiedelt.²⁶⁶⁴ Ebenso ist die Verneinung der subjektiven Vermittlungsfähigkeit bei demjenigen Versicherten gerechtfertigt, der zwei Mal nicht mit dem Einsatzbetrieb eines PvB in Kontakt getreten ist, wofür er je mit 21 Einstelltagen sanktioniert wurde und daraufhin ein Gespräch beim RAV versäumte, was ihm weitere sieben Einstelltage einbrachte, und es verpasste, sich auf zwei zugewiesene Stellen zu bewerben.²⁶⁶⁵

Nicht von der Vermittlungsunfähigkeit ausgegangen werden konnte bei einem Versicherten, der zwar insgesamt acht Mal, aber jeweils nur wegen leichten Verschuldens, in seiner Anspruchsberechtigung eingestellt wurde. Unter seinen Verfehlungen ist der einmalige Nichtantritt einer arbeitsmarktlichen Massnahme. Aber dem Arbeitslosen konnte nicht vorgeworfen werden, wiederholt keine zumutbare Arbeit angenommen zu haben oder wiederholt nicht an arbeitsmarktlichen Massnahmen teilgenommen zu haben. Die Verneinung der Vermittlungsbereitschaft sei eine unverhältnismässige Sanktion gewesen, nachdem bei den vorherigen Verfehlungen jeweils nur die mildeste Sanktion getroffen wurde und auf leichtes Verschulden geschlossen wurde.²⁶⁶⁶

In Anbetracht dieser Rechtsprechung scheint die Feststellung von NUSSBAUMER, dass bereits bei der zweiten Nichtteilnahme an einer arbeitsmarktlichen Massnahme die Vermittlungsfähigkeit abgesprochen werden soll, nicht stichhaltig.²⁶⁶⁷

²⁶⁶² RUBIN, N 24 zu Art. 15 AVIG.

²⁶⁶³ Urteil BGer 8C_833/2007 v. 14.05.2008, E. 2.3.

²⁶⁶⁴ Urteil BGer 8C_833/2007 v. 14.05.2008, Sachverhalt.

²⁶⁶⁵ Urteil BGer 8C_246/2014 v. 24.06.2014.

²⁶⁶⁶ KG BL, Urteil 715 17 415 v. 27.06.2018, E. 6.

²⁶⁶⁷ Vgl. NUSSBAUMER, N 273, m.H.a. Botschaft 3. AVIG-Revision, BBl 2001 2280, und SECO, AVIG-Praxis, ALE, wo jedoch, soweit ersichtlich, kein Hinweis auf diese starre Regel ist.

- 1163 Die Voraussetzung der Vermittlungsfähigkeit und -bereitschaft kann u.U. mit den Grundrechten der versicherten Person in Konflikt treten. So ist gem. dem bereits erwähnten BGE 109 V 275 die Vermittlungsfähigkeit nicht etwa bereits deshalb zu verneinen, weil eine Person Mitglied einer politischen Gruppierung ist, die von vielen Arbeitgeber_innen nicht geschätzt wird. Auch wenn sich eine arbeitslose Person muslimischen Glaubens weigert, an den Gesprächen mit der RAV-Beraterin teilzunehmen, weil er sich aus religiösen Gründen nicht alleine im selben Zimmer mit einer Frau aufhalten will, ist deswegen nicht auf die fehlende Vermittlungsbereitschaft zu schliessen.²⁶⁶⁸ Weigert sich hingegen eine versicherte Person unter Vorschiebung von religiösen Gründen beharrlich, eine Stelle anzunehmen oder an einer arbeitsmarktlichen Massnahme teilzunehmen, so kann auf die Vermittlungsunfähigkeit wegen fehlender Vermittlungsbereitschaft geschlossen werden.²⁶⁶⁹
- 1164 Wurde die Vermittlungsfähigkeit aberkannt, so hat die betroffene Person die Möglichkeit, ihr Verhalten zu ändern und insbesondere unter Nachweis genügender Arbeitsbemühungen wiederum Unterstützung durch die ALV zu verlangen.²⁶⁷⁰

VI. Vereinbarkeit mit übergeordnetem Recht

- 1165 Es ist festzustellen, dass Art. 16 AVIG grundsätzlich dieselben Kriterien wiedergibt wie Art. 21 des ILO-Übereinkommens Nr. 168 und die Kriterien der ILO-Empfehlung Nr. 176 berücksichtigt. Es liegt hier also eine Norm vor, die dem Übereinkommen Nr. 168 entspricht. Problematisch kann jedoch die mit der Dauer der Arbeitslosigkeit abnehmende Rücksichtnahme auf den bisherigen Beruf, was auch eine abnehmende Rücksicht auf die Fähigkeiten impliziert, sein. Wie in N 1076 erläutert, rechtfertigt das ILO-Übereinkommen Nr. 168 nicht, bei Langzeitarbeitslosen einen anderen Zumutbarkeitsbegriff anzuwenden.

²⁶⁶⁸ RUBIN, N 24 zu Art. 15 AVIG, m.H.a. Urteil BGer C 144/94 v. 27.12.1994.

²⁶⁶⁹ RIEMER-KAFKA/LISCHER, S. 561, m.H.a. Urteil BGer C 107/01 v. 30.01.2003, E. 2.1, wobei hier wiederholt Stellen abgelehnt wurden, weil der Lohn als zu gering betrachtet wurde.

²⁶⁷⁰ SECO, AVIG-Praxis, ALE, B280.

Das ILO-Übereinkommen Nr. 168 sieht zwar Sanktionen vor, wenn die Arbeitsvermittlungsdienste nicht in Anspruch genommen werden und eine zumutbare Beschäftigung nicht angenommen wird (vgl. Art. 20 lit. f ILO-Übereinkommen Nr. 168). Jedoch enthält das Übereinkommen Nr. 168 keine von Art. 21 ILO-Übereinkommen Nr. 168 abweichende Definition der Zumutbarkeit für Beschäftigungsprogramme. Das heisst, dass im Kontext der Arbeitslosenversicherung für die Beurteilung der Zumutbarkeit eines Beschäftigungsprogramms auch die Fähigkeiten und die zukünftigen Berufschancen berücksichtigt werden müssten. Ansonsten liegt eine Völkerrechtswidrigkeit vor.²⁶⁷¹

Das Bundesgericht hatte sich in BGE 140 V 493 zur Vereinbarkeit der in Art. 18 Abs. 1 lit. b AVIG vorgesehenen Wartezeit von 15 Tagen für Versicherte ohne Unterhaltspflichten mit einem Einkommen zwischen CHF 90'001 und CHF 125'000 mit Art. 18 Ziff. 1 des ILO-Übereinkommens Nr. 168 zu äussern. Gemäss letzterer Bestimmung darf die Wartezeit maximal sieben Tage betragen. Das BGer kam zum Schluss, das Übereinkommen lasse auf unterschiedliche Personengruppierungen zugeschnittene landesrechtliche Massnahmen zu. Entscheidend sei, dass «unter Berücksichtigung sämtlicher auf Grund innerstaatlichen Rechts im Falle von Arbeitslosigkeit zu gewährender Zuschüsse und Beihilfen der gemäss Übereinkommen definierte Leistungsmindeststandard gewahrt wird».²⁶⁷² Da es jedoch bei der Definition der Zumutbarkeit nicht direkt um gewährte Zuschüsse und Beihilfen geht, ist fraglich, ob diese Gleichwertigkeitsüberlegungen hier zielführend sind. Vorliegend handelt es sich vielmehr um ein Grundsatzfrage, welche Beschäftigungen i.S. des Übereinkommens gefördert werden sollen.

Im Sinne einer konventionskonformen Auslegung ist eine selbstverschuldete Arbeitslosigkeit nach Art. 44 lit. a AVIV nur dann zu bejahen, wenn die versicherte Person (eventual-)vorsätzlich der Arbeitgeber_in Anlass zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegeben hat.²⁶⁷³

²⁶⁷¹ IMHOF, N 68; PÄRLI, Wirksamkeit, N 99.

²⁶⁷² BGE 140 V 493, E. 5.2.1.

²⁶⁷³ Siehe Art. 20 lit. b ILO-Übereinkommen Nr. 168; BGE 124 V 234; Urteil BGer 8C_370/2014 v. 11.06.2015, E. 2.2; RUBIN, Suspension, S. 4.

VII. Zwischenfazit – Übertragbarkeit auf Sozialhilfe?

A. Generelles

- 1167 Die voranstehenden Ausführungen zeigen, dass die Definition der «zumutbaren Arbeit» im AVIG von diversen Kontroversen geprägt war und Auseinandersetzungen rund um diesen Schlüsselbegriff wohl auch in Zukunft nicht ausbleiben werden. Diese grundlegenden Diskussionen fanden im sozialhilferechtlichen Kontext bisher nicht statt, was aus demokratiepolitischer Sicht zu bedauern ist.
- 1168 Es fällt auf, dass in der Entstehungsgeschichte immer wieder Stimmen laut und teilweise gehört wurden, die in der Begrenzung der Selbstverantwortung und der Schadenminderungspflicht durch die Zumutbarkeit lediglich eine Schutznorm für die «Faulen und Frechen» sahen, und finanzielle Interessen der Versicherung zu Verschärfungen der Zumutbarkeitsregelung führten. Die grundrechtlich geschützten Positionen der Arbeitslosen waren kaum ausschlaggebend. Umso wichtiger ist es, dass für die Berücksichtigung der Grundrechte über die Berücksichtigung der persönlichen Verhältnisse Raum gelassen wird.

B. Art. 16 Abs. 2 AVIG

- 1169 Die Kriterien, die in Art. 16 Abs. 2 AVIG festgehalten sind, beinhalten *wesentliche Schutzgedanken in subjektiver und in objektiver Hinsicht*. Die objektiven Kriterien aus Art. 16 Abs. 2 lit. a und lit. h AVIG sorgen u.a. dafür, dass kein Lohn- und Sozialdumping stattfindet und die Arbeitsbedingungen im ersten Arbeitsmarkt auf einem angemessenen Niveau bleiben. Mit Art. 16 Abs. 2 lit. e AVIG wird verhindert, dass das kollektive Arbeitsrecht ausgehöhlt wird und so eine wesentliche Errungenschaft zum Schutz der Arbeitnehmer_innen (vgl. N 36 ff.) der Schadenminderungspflicht zum Opfer fällt. Werden diese Schranken für die Zumutbarkeit einer Arbeit nicht beachtet, wenn eine Sozialhilfeempfänger_in eine Arbeit im ersten Arbeitsmarkt annehmen soll, werden diese Schutzgedanken schliesslich durch das Sozialhilferecht ausgehöhlt. Dies kann sich generell negativ auf die Arbeitsbedingungen im ersten Arbeitsmarkt auswirken und ist entschieden abzulehnen. Diese objektiven Kriterien sind also auch im Sozialhilferecht zu berücksichtigen.

Auf subjektiver Ebene haben die Fähigkeiten, die bisherigen Tätigkeiten, das Alter, die persönlichen Verhältnisse und der Gesundheitszustand berücksichtigt zu werden. Eine Übertragung dieser Kriterien auf die Sozialhilfe ist, wie sich auch aus Teil II der vorliegenden Arbeit ergeben hat, angezeigt. 1170

Die Bestimmung über den Arbeitsweg (Art. 16 Abs. 2 lit. f AVIG) im sozialhilferechtlichen Kontext anzuwenden – und zwar sowohl auf Programmeinsätze als auch zur Beurteilung der Zumutbarkeit einer Arbeit im ersten Arbeitsmarkt –, ist angezeigt, wobei diskutiert werden könnte, ob nicht gar eine kürzere Wegzeit sinnvoll wäre. Jedenfalls hat ein Weg von zwei Stunden als die absolute Ausnahme zu gelten. 1171

Gerade in ländlichen Regionen kommt es vor, dass der Weg zum nächsten Programmplatz, der mit dem Fahrrad und dem öffentlichen Verkehr zu bewältigen ist, 1,5 Stunden dauert. Dies kann für gesundheitlich angeschlagene Personen zu einer grossen Herausforderung werden, was vom zuständigen Sozialdienst erkannt wurde. Dieser versucht nun, selber ein Projekt zu entwickeln, und verfolgt das Ziel, den Sozialhilfeempfänger_innen vermehrt bei lokalen Arbeitgeber_innen Praktika zu vermitteln.²⁶⁷⁴

Sollen Arbeiten mit einem besonders tiefen Lohn für zumutbar erklärt werden, sieht das AVIG diverse zusätzliche Schutzmechanismen vor: Entweder es werden Kompensationszahlungen geleistet oder eine tripartite Kommission hat die Zustimmung zu erteilen. Einzig für vermindert Leistungsfähige gilt Art. 16 Abs. 2 lit. a AVIG betreffend die berufs- und ortsüblichen Arbeitsbedingungen nicht. Jedoch ist hier eine Ausnahme der Annahmepflicht vorgesehen, wenn ein Lohn nicht der Leistungsfähigkeit entspricht. Sowohl diese Schutzmechanismen als auch eine klare Regelung betreffend den Umgang mit vermindert leistungsfähigen Sozialhilfeempfänger_innen fehlen weitgehend (siehe dazu auch: Kapitel 12 und Kapitel 15). Analoge Regelungen zur ALV drängen sich hier auf. 1172

Auf Sozialhilfeempfänger_innen nicht analog angewandt werden kann die Bestimmung gem. Art. 16 Abs. 2 lit. i AVIG, wonach eine Arbeit zu einem Lohn, der geringer als 70 % des versicherten Verdienstes ist, unzumutbar ist: Sozialhilfeempfänger_innen, die in Beschäftigungsprogrammen eingesetzt werden, verfügen in der Regel über keinen versicherten Verdienst (mehr).²⁶⁷⁵ Als Grenze für die 1173

²⁶⁷⁴ Interview S2.

²⁶⁷⁵ Daran ändert auch die grundsätzliche Forderung von MEIER/PÄRLI, Fragen, dass Sozialhilfeleistungen, die während eines Einsatzes in einem Beschäftigungsprogramm bezogen werden, als Erwerbseinkommen i.S.v. Art. 5 AHVG zu qualifizieren sind, nichts, da dies keinen Einfluss auf die in Art. 23 Abs. 3^{bis} AVIG vorgesehene Ausnahme hat. Eine Änderung dieser Bestimmung fordern MEIER/PÄRLI, Fragen, S. 37 f., nicht.

lohnmassige Zumutbarkeit muss dementsprechend *die Berufs- und Ortsüblichkeit* resp. die Bestimmungen des GAV und NAV genügen. Da jedoch die Fähigkeiten zu berücksichtigen sind (siehe dazu nachfolgend), ergibt sich hier zumindest ein Schutz für ein den Fähigkeiten angepassten Lohn.

C. Abweichung in den Beschäftigungsmassnahmen

- 1174 Dass Zumutbarkeitskriterien zur Begrenzung der Eigenverantwortung mitunter als etwas Störendes empfunden werden und dass arbeitslose Personen mit erheblichem Misstrauen konfrontiert werden, wurde insbesondere im Rahmen der Entstehung der arbeitsmarktlichen Massnahmen offensichtlich.
- 1175 Gemäss der einschlägigen Gesetzesbestimmung wird in den PvB nur das Alter, die persönlichen Verhältnisse und der Gesundheitszustand berücksichtigt. Diese eingeschränkte Regel geht über die durch BGE 139 I 218 akzeptierte Norm von Art. 8g SHV/BE hinaus, wonach nur der Gesundheitszustand und Betreuungspflichten eine sozialhilferechtliche Beschäftigung unzumutbar machen können. Die PvB weisen dennoch Parallelen auf zu den Abklärungsprogrammen in der Sozialhilfe, insbesondere werden beide Programmarten offenbar als Instrument der Missbrauchsbekämpfung und nicht zwingend als Integrationsmassnahme eingesetzt.
- 1176 Insgesamt gilt es aber festzustellen, dass die *beschränkte Zumutbarkeitsregel der PvB nicht ausreichend* ist und sich daher nicht für die Übertragung auf sozialhilferechtliche Beschäftigungsprogramme eignet. Erstens ist die Bestimmung nicht mit dem ILO-Übereinkommen Nr. 168 und dem Recht auf frei gewählte Arbeit vereinbar. Zweitens hat die Analyse gezeigt, dass eine Zielerreichung nur dann möglich ist, wenn die *Zumutbarkeit ebenfalls zielorientiert* beurteilt wird. Es sind daher neben den in Art. 16 Abs. 2 lit. c AVIG erwähnten Kriterien auch die Fähigkeiten zu berücksichtigen, da ansonsten die positiven Auswirkungen für die Reintegration ausbleiben werden.
- 1177 Zu begrüßen ist, dass für Berufspraktika, die auch in der Privatwirtschaft durchgeführt werden, insbesondere die *Schutzideen des kollektiven Arbeitsrechts* berücksichtigt werden. Auch im sozialhilferechtlichen Kontext ist zu fordern, dass der Einsatz in einem Programm nur dann angeordnet wird, wenn positive Auswirkungen auf die Beschäftigungssituation zu erwarten sind, was auch wiederum die Berücksichtigung von objektiven und subjektiven Elementen bedingt.

Diesbezüglich ist auf den Bedarf nach *Evaluationen* der Projekte hinzuweisen, 1178
 der im AVIG erkannt wurde. Denn Evaluationen zeigen auf, wo Defizite bestehen,
 welche Massnahmen besonders zur Zielerreichung beitragen und welche weni-
 ger (siehe N 1150). Dies gibt wiederum entscheidende Hinweise darauf, wie das
 staatliche Handeln möglichst im öffentlichen Interesse erfolgen kann und welche
 Massnahmen geeignet, erforderlich und für die Einzelnen zumutbar sind.

D. Sanktionen

Im Gegensatz zu den Sanktionen, die bei der Nichtteilnahme an einem sozialhil- 1179
 ferechtlichen Beschäftigungsprogramm drohen, ist eine Sanktion in der ALV auf
 60 Tage (drei Monate) beschränkt – die sozialhilferechtlichen Kürzungen kön-
 nen gem. den SKOS-RL bis zu zwölf Monate verhängt werden (siehe ausführlich:
 N 251 ff.). MEIER/PÄRLI fordern, auch im Sozialhilferecht *Sanktionen auf maximal
 drei Monate zu befristen*.²⁶⁷⁶ Sie begründen dies damit, dass die Sozialhilfe und die
 Arbeitslosenversicherung nicht dieselbe Funktion im System der sozialen Sicher-
 heit einnehmen: Eine Person, deren ALE eingestellt wird, verfügt entweder noch
 über andere Mittel zur Deckung des Existenzbedarfs oder sie kann ein Gesuch um
 Sozialhilfe stellen. Dahingegen sind Sozialhilfeempfänger_innen per Definition
 bedürftig und haben keine anderen Mittel zur Existenzsicherung. Zudem sind die
 Leistungen der Sozialhilfe bedeutend tiefer als diejenigen der Arbeitslosenversi-
 cherung (je nach versichertem Verdienst). Die ALE entspricht 70–80 % des ver-
 sicherten Verdienstes und bietet einen «angemessenen Erwerbsersatz»²⁶⁷⁷ – die
 Sozialhilfe deckt im Gegensatz dazu nur die Grundbedürfnisse für eine beschei-
 dene Lebensführung. Daher scheint es unangemessen, im letzten sozialen Siche-
 rungsnetz während längerer Zeit Kürzungen zu verfügen als in den vorgelagerten
 Sicherungssystemen.

Weiter unterscheidet das AVIG bei der Bemessung der Einstelltage zwischen der 1180
 Ablehnung einer zumutbaren Arbeit auf dem ersten Arbeitsmarkt, welche die
 Arbeitslosigkeit beenden würde, und dem Nichtantritt einer arbeitsmarktlichen
 Massnahme. Ersteres wird bereits beim erstmaligen Ablehnen (potentiell) als
 schweres Vergehen taxiert und entsprechend mit mehr Einstelltagen geahndet als
 Letzteres, welches erst bei mehrmaligem Ablehnen als schweres Vergehen quali-
 fiziert wird.

²⁶⁷⁶ MEIER/PÄRLI, N 82.

²⁶⁷⁷ Art. 114 Abs. 2 lit. a BV.

- 1181 Dahingegen führt die Anwendung des Subsidiaritätsprinzips in der Sozialhilfe gerade zum gegenteiligen Ergebnis: Die Ablehnung einer zumutbaren Arbeit auf dem ersten Arbeitsmarkt kann «nur» mit einer Sanktion von bis zu 30 % des GBL verbunden werden, da die Möglichkeit, für sich selbst zu sorgen, nach der Ablehnung nicht gegeben wäre. Die Nichtteilnahme an einem (entlöhnten) Beschäftigungsprogramm kann hingegen zu einer Einstellung sämtlicher Unterstützungsleistungen führen, da eine solche Stelle für längere Zeit konkret zur Verfügung steht und jederzeit angetreten werden kann. Insbesondere in Anbetracht dessen, dass die Teilnahme an einem Beschäftigungsprogramm – wie auch immer es ausgestaltet ist – die finanzielle Last des Gemeinwesens nicht unmittelbar vermindert, sondern lediglich eine mittelbare Möglichkeit verpasst wird, sich allenfalls wieder in den Arbeitsmarkt zu integrieren (siehe N 1152), scheint die *Abstufung im System der ALV der tatsächlichen Situation angemessener Rechnung zu tragen*. Aus diesen Überlegungen wäre also zu fordern, dass die Ablehnung der Teilnahme an einem Beschäftigungsprogramm milder sanktioniert wird als das Ablehnen einer zumutbaren Arbeit im ersten Arbeitsmarkt.
- 1182 Zudem stellt der *Verlust der Anspruchsberechtigung* gem. den Regeln des AVIG eine *gut zu begründende Ausnahme dar und ist erst nach mehrmaligen Pflichtverletzungen* möglich. Entsprechende Grundsätze fehlen in der Sozialhilfe. In dieser Hinsicht ist etwa die Basisbeschäftigung im Kanton Zürich, welche zur Begründung des Anspruchs auf Sozialhilfe besucht werden muss, zu kritisieren, da hier bereits die erste Pflichtverletzung den Anspruch gar nicht erst entstehen lässt. Zudem fehlen im Allgemeinen klare Regeln, wann eine Einstellung aller Leistungen möglich sein soll. Es liegt im Ermessen der Sozialhilfebehörde, welche Weisungen und Auflagen erteilt werden und welcher Programmplatz jemandem zugewiesen wird; auch ob es sich dabei um einen entlöhnten oder nicht entlöhnten Einsatzplatz handelt, was wiederum grossen Einfluss auf die negativen Folgen bei der Ablehnung eines Einsatzes hat.
- 1183 Vorliegend wird zwar dafür argumentiert, dass die Anspruchsberechtigung zum Bezug von Sozial- oder Nothilfe beim Ablehnen eines Beschäftigungsprogramms nicht dahinfällt – insbesondere deshalb nicht, weil die Vermittlungsbereitschaft keine Anspruchsvoraussetzung der Sozial- oder Nothilfe ist und bei Verlust der Nothilfe ein Konflikt mit Art. 4 EMRK droht. Wird diesbezüglich die gegenteilige Meinung vertreten, wäre zumindest zu fordern, dass das Ermessen der Behörde in dieser grundlegenden Frage mit klaren gesetzlichen Grundlagen kanalisiert wird. Generell ist zu begrüßen, dass Sanktionen bei gewissen Pflichtverletzungen nicht von der Arbeitslosenkasse, sondern von der kantonalen Amtsstelle verhängt werden. Eine analoge Regelung im Sozialhilferecht, welche die Entscheidkompetenz

bei Sanktionen wie Kürzungen von mehr als 15 % und/oder für mehr als sechs Monate einer anderen Stelle übertragen würde, ist zu prüfen. Dadurch würde die *Machtkonzentration* bei den Sozialdiensten, die sowohl Weisungen und Auflagen erteilen als auch danach über die Sanktion bei der Verletzung derselben Auflagen entscheiden, aufgelöst.

Kapitel 15 Invalidenversicherung

I. Einleitung

- 1184 Die Zumutbarkeit gilt auch in der Invalidenversicherung als Teilaspekt des Verhältnismässigkeitsprinzips und begrenzt die Schadenminderungspflicht. Wie bereits in Kapitel 1 (N 58) angesprochen, wurde die Schadenminderungspflicht als Ausdruck der Selbstverantwortung im Zuge der (aktivierenden) Reformen des IVG, also insbesondere bei der 5. und der 6. IV-Revision, gestärkt, was u.a. mittels der Schwächung der Zumutbarkeitsschranken in verschiedenen Bereichen erreicht werden sollte.
- 1185 Bereits ein kurzer Blick auf Art. 6, 7 und 8 ATSG und Art. 7 IVG zeigt (siehe N 49), dass die Selbstverantwortung und ihre Begrenzung durch die Zumutbarkeit zur Bestimmung der Anspruchsberechtigung für Leistungen bei Invalidität äusserst relevant ist. Diese Bestimmungen fordern mitunter einen (zumutbaren) Berufswechsel²⁶⁷⁸ und zumutbare Eingliederungsanstrengungen. Zudem wird die Überwindung gesundheitlicher Beeinträchtigungen erwartet, sofern dies objektiv möglich ist. Subjektive Faktoren machen die Überwindbarkeit von gesundheitlichen Beeinträchtigungen nicht unzumutbar.²⁶⁷⁹
- 1186 Nachfolgend kann nicht auf alle (unterschiedlichen) Aspekte der Zumutbarkeit im Bereich der IV eingegangen werden. Es soll einzig beleuchtet werden, was die Pflicht der versicherten Person umfasst, an allen zumutbaren Massnahmen beruflicher Art gem. Art. 7 Abs. 2 lit. c IVG teilzunehmen.
- 1187 Dazu werden zunächst die völkerrechtlichen Vorgaben für die Beurteilung einer beruflichen Massnahme kurz erläutert bzw. in Erinnerung gerufen (II), ehe detaillierter auf die diesbezüglichen Kernbestimmungen des IVG eingegangen wird (III). Besonders relevant ist Art. 7a IVG, der festhält, dass nur Massnahmen unzumutbar sind, die dem Gesundheitszustand der versicherten Person nicht ange-

²⁶⁷⁸ Siehe zur Frage des zumutbaren Berufswechsels einer Person, die der Gemeinschaft der Fahrenden angehört: Urteil BGer I 750/04 v. 05.04.2006.

²⁶⁷⁹ Siehe auch zur grossen Bedeutung der Selbstverantwortung für die Rentenanspruchsberechtigung: KIESER, Wiedereingliederung, S. 145.

messen sind. Diese Bestimmung und die Kritik der Lehre an dieser Bestimmung werden im Lichte der jüngeren Rechtsprechung eingeordnet (III.B) und anhand des Arbeitsversuchs nach Art. 18a IVG dargestellt, in welchem Rahmen berufliche Massnahmen stattfinden können (III.C). Nach einer kurzen Übersicht über die Folgen der Nichtteilnahme an einer beruflichen Massnahme (IV) erfolgt eine Einschätzung der Vereinbarkeit der eingeschränkten Zumutbarkeitsregel gem. Art. 7a IVG mit dem übergeordneten Recht (V).

Dies wird einen Schluss darüber zulassen, ob die Bestimmungen des IVG zur zumutbaren Arbeit in beruflichen Massnahmen sich zur analogen Anwendung auf sozialhilferechtliche Beschäftigungsprogramme eignen (VI). 1188

Damit wird insbesondere die Frage ausgeklammert, welche medizinischen Massnahmen und Behandlungen zumutbar sind und als Ausfluss der Pflicht zur Schadenminderung und Selbsteingliederung²⁶⁸⁰ durchzuführen sind. Dies lässt zwar Aussagen darüber zu, welche Stellung die Selbstverantwortung durch Erwerbsarbeit im sozialen Sicherungssystem hat. Diese Frage bildet bereits Gegenstand mehrerer (umfassender) Arbeiten²⁶⁸¹ und gehört nicht unmittelbar zur hier relevanten Kernfrage, wie eine zumutbare Arbeit ausgestaltet zu sein hat. Ebenfalls nicht weiter betrachtet wird die objektiv zumutbare Überwindbarkeit einer gesundheitlichen Beeinträchtigung gem. Art. 7 Abs. 2 ATSG. Hier steht nicht die Zumutbarkeit einer Arbeit im Mittelpunkt, sondern eher die Frage der medizinisch zumutbaren und möglichen Behandlung. Sie gehört wohl zu den meistdiskutierten invalidenversicherungsrechtlichen Fragen der letzten Jahre.²⁶⁸²

²⁶⁸⁰ Zum Begriff der Selbsteingliederung: WEHRLI, S. 9 ff.

²⁶⁸¹ Siehe v.a. DESPLAND; WEHRLI; aber auch: FÄSSLER; RIEMER-KAFKA, Zumutbarkeit, S. 278 ff.; PÄRLI, Grundrechtliche Schranken; zur Arbeitsunfähigkeit im Allgemeinen: WITTWER AMANDA, Der Begriff der Arbeitsunfähigkeit im schweizerischen Sozialversicherungsrecht, Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2017.

²⁶⁸² Dies insbesondere in Bezug auf psychosomatische Störungen und BGE 141 V 281, siehe dazu z.B.: die Beiträge in: Riemer-Kafka Gabriela/Hürzeler Marc (Hrsg.), Das indikatorenorientierte Abklärungsverfahren, Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft, Band 119, Zürich/Basel/Genf 2017; die Beiträge in: Kieser Ueli (Hrsg.), Psychosomatische Störungen im Sozialversicherungsrecht, Schriftenreihe des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, Band 101, Zürich/St. Gallen 2017; die Beiträge in: Kieser Ueli (Hrsg.), Depressionen im Sozialversicherungsrecht – Stand der Dinge, Schriftenreihe des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, Band 105, Zürich/St. Gallen 2018; GERBER KASPAR, Psychosomatische Leiden und IV-Rentenanspruch, Diss. Zürich, Zürich 2018; MEIER MICHAEL E., Auswirkungen der neuen Schmerzrechtsprechung, in: Weber Stephan (Hrsg.), Personen-Schaden-Forum 2018, Zürich/Basel/Genf 2018, S. 63–82; BORER ALAIN, BGE 141 V 281 – Post-Überwindbarkeitsrechtsprechung, Zürich/Basel/Genf 2018; EGLI PHILIPP/SLAVIK EVA, Wer drei Kollegen hat, kann nicht invalid sein, SZS 6/2019, S. 334 ff.

- 1189 Der Blick auf das IVG drängt sich auf, weil es einen Beitrag zur Umsetzung des Rechts auf (würdige) Arbeit für gesundheitlich beeinträchtigte Personen leisten soll (N 953) und eine grosse Zahl von Sozialhilfeempfänger_innen gesundheitliche Probleme hat (N 83). Dies bedeutet nicht zwingend, dass sie Anspruch auf die Leistungen der IV haben resp. hätten. Nicht anspruchsberechtigt sind ausländische Staatsangehörige, die nicht während mindestens eines vollen Jahres Beiträge geleistet oder sich ununterbrochen während zehn Jahren in der Schweiz aufgehalten haben.²⁶⁸³ Des Weiteren wird für gewisse Leistungen ein Mindestmass an Invalidität vorausgesetzt; bei Rentenleistungen sind dies mindestens 40 %;²⁶⁸⁴ bei einer Umschulung gem. Art. 17 IVG wird von der Rechtsprechung ein gesundheitsbedingter Minderverdienst von etwa 20 % verlangt.²⁶⁸⁵ Es kann so die Situation auftreten, dass jemand zu gesund für die IV, aber zu krank für den ersten Arbeitsmarkt ist und deshalb auf die Unterstützung der Sozialhilfe angewiesen ist.²⁶⁸⁶ Insbesondere bei diesen Personen fragt sich, ob nicht dennoch die IV-rechtlichen Regeln gelten müssten und ob diese in Anbetracht der Verpflichtungen, welche die Schweiz im Rahmen der UN-BRK eingegangen ist, ausreichend sind (vgl. Kapitel 12).

II. Völkerrechtlicher Rahmen

- 1190 In Kapitel 12 wurde dargelegt, dass die BRK Programme zur beruflichen (Wieder-)Eingliederung von Personen mit Behinderungen fordert, die so früh wie möglich einsetzen und die auf den individuellen Bedürfnissen und Stärken beruhen. Bestehende Qualifikationen sind zu berücksichtigen. Darüber hinaus sollen die Programme auf Freiwilligkeit beruhen, was zur Anerkennung der Autonomie beiträgt. Die BRK fordert Bestrebungen zu einem inklusiven Arbeitsmarkt. Es sollen so wenig Sonderarbeitswelten wie möglich bestehen und diese sollen wiederum so weit wie möglich einem normalen Arbeitsverhältnis angeglichen werden. Der BRK-Ausschuss hat bereits Eingliederungsmassnahmen kritisiert, die davon ausgehen, dass eine Behinderung ein überwindbarer medizinischer Zustand sei (vgl. N 944 zum Beschwerdefall Gröninger).

²⁶⁸³ Art. 6 Abs. 2 IVG.

²⁶⁸⁴ Art. 28 Abs. 2 IVG.

²⁶⁸⁵ Ausführlich dazu: BUCHER, N 702 ff. sowie N 710 ff.

²⁶⁸⁶ Siehe dazu etwa: WENGER SUSANNE, Zu krank für den Arbeitsmarkt, zu gesund für die IV, ZESO 2/18, S. 20–21.

Des Weiteren ist auf das ILO-Übereinkommen Nr. 128 über Leistungen bei Invalidität und Alter und an Hinterbliebene hinzuweisen. Dieses hält in Art. 32 Abs. 1 lit. f fest, dass Sanktionen – also Kürzungen oder die Verweigerung von Leistungen – nur dann möglich sein sollen, wenn eine Beschäftigungsmassnahme ohne triftigen Grund abgelehnt wird. Ebenfalls mit der beruflichen (Wieder-)Eingliederung von Behinderten befasst sich die ILO-Empfehlung Nr. 99, welche vorsieht, dass Massnahmen zur beruflichen Integration auf die Fähigkeiten, Eignungen und Neigungen der behinderten Person abgestimmt sein sollen. Die Beschäftigungsaussichten sollen gefördert werden und wenn möglich sollen Massnahmen im Beruf erfolgen, der früher ausgeübt wurde, oder in einem diesem verwandten Beruf. Das geteilte Ziel dieser Instrumente ist, die behinderte Person entsprechend ihren Eignungen und Fähigkeiten in den Beruf einzugliedern. Auch der berufliche Aufstieg soll ermöglicht werden.²⁶⁸⁷ 1191

So kommt IMHOF überzeugenderweise in einer Gesamtauslegung dieser und weiterer ILO-Instrumente zum Schluss,²⁶⁸⁸ ein triftiger Grund gem. Art. 32 lit. f ILO-Übereinkommen Nr. 128 für die Ablehnung einer Massnahme sei, wenn diese nicht auf die Tätigkeiten und Fähigkeiten Rücksicht nehme. Mit anderen Worten sind für die Beurteilung der Zumutbarkeit die Fähigkeiten der betroffenen Person zu berücksichtigen.²⁶⁸⁹ 1192

Nebst diesen Vorgaben aus spezifischen Instrumenten haben Aktivierungsmassnahmen für gesundheitlich beeinträchtigte Sozialhilfeempfänger_innen aus völker- und verfassungsrechtlicher Sicht grundsätzlich alle Kriterien zu beachten, die in Teil II erarbeitet wurden (siehe zusammenfassend N 1052). Das heisst, die persönlichen Verhältnisse, das Alter, die Gesundheit oder die Fähigkeiten sollten ebenso berücksichtigt werden, wie dass der Lohn der Leistung entspricht. Eine abweichende Definition der Zumutbarkeit insbesondere für chronisch kranke Menschen hätte als Ungleichbehandlung, die an ein verpöntes Merkmal anknüpft, besonders gerechtfertigt zu werden, um nicht als Diskriminierung i.S.v. Art. 8 Abs. 2 BV gewertet zu werden.²⁶⁹⁰ 1193

²⁶⁸⁷ IMHOF, N 52.

²⁶⁸⁸ Erwähnt werden kann etwa auch das ILO-Übereinkommen Nr. 142 oder die ILO-Empfehlung Nr. 150.

²⁶⁸⁹ IMHOF, N 52.

²⁶⁹⁰ Siehe zum Ganzen und spezifisch zur Frage, ob der Gesundheitszustand ein verpöntes Merkmal i.S.v. Art. 8 Abs. 2 BV resp. den völkerrechtlichen Diskriminierungsschutznormen ist: PÄRLI KURT/FUCHS TIZIANA, Gesundheit, in: Naguib Tarek et al. (Hrsg.), Diskriminierungsrecht, Handbuch für Jurist_innen, Berater_innen und Diversity-Expert_innen, Bern 2014, S. 201–220, insbes. S. 207 ff.

III. Zumutbarkeit von Eingliederungsmassnahmen im IVG

A. Pflicht und Recht zur Eingliederung vor und aus Rente

- 1194 Der Grundsatz «Eingliederung vor Rente» ist im IVG an diversen Stellen verankert: Gemäss Art. 1a IVG ist nebst der angemessenen Existenzsicherung bei Invalidität und der Förderung der Selbstbestimmung Zweck des IVG, die Invalidität mit geeigneten, einfachen und gesetzmässigen Eingliederungsmassnahmen zu verhindern, beheben oder vermindern (Art. 1a lit. a IVG). Dies bringt zum Ausdruck, dass eine Rente zum Ausgleich der ökonomischen Folgen der Invalidität nur dann auszurichten ist, wenn Eingliederungsmassnahmen die Folgen des Gesundheitsschadens nicht hinreichend zu beheben vermögen.²⁶⁹¹
- 1195 Auch die Verbindung zwischen Art. 8 ATSG und Art. 8 IVG, wonach Invalidität die voraussichtlich bleibende oder längere Zeit dauernde Erwerbsunfähigkeit ist und die Eingliederungsmassnahmen darauf abzielen sollen, die Erwerbsfähigkeit wieder herzustellen, zu erhalten oder zu verbessern, weist darauf hin, dass Eingliederungsmassnahmen der Rente vorgehen. Die Erwerbsunfähigkeit nach Art. 7 ATSG wird ebenfalls erst nach der Durchführung von Eingliederungsmassnahmen bestimmt.²⁶⁹² Für die Invaliditätsbemessung nach Art. 16 ATSG ist relevant, welches Einkommen nach allenfalls durchgeführten Eingliederungsmassnahmen erzielt werden kann, was verdeutlicht, dass vor der Bestimmung des Invaliditätsgrades Eingliederungsmassnahmen durchzuführen sind. Schliesslich ist gem. Art. 28 Abs. 1 lit. a IVG die erste Anspruchsvoraussetzung für eine Invalidenrente, dass die Erwerbsfähigkeit oder die Fähigkeit, sich im Aufgabenbereich zu betätigen, sich nicht durch zumutbare Eingliederungsmassnahmen wiederherstellen, erhalten oder verbessern lässt (Art. 28 Abs. 1 lit. a IVG).
- 1196 Insbesondere mit diesen Bestimmungen wurde im Rahmen der 5. IV-Revision der Grundsatz «Eingliederung vor Rente» konkretisiert.²⁶⁹³ Daraus folgt, dass, wer nicht an Eingliederungsmassnahmen teilnimmt, die als zumutbar beurteilt werden, von vornherein keinen Anspruch auf eine Invalidenrente hat. Die Frage, ob

²⁶⁹¹ BUCHER, N 32.

²⁶⁹² BUCHER, N 32, S. 20.

²⁶⁹³ VALTERIO, N 2016; BUCHER, N 32, S. 21, mit vielen weiteren Hinweisen.

mit geeigneten Eingliederungsmassnahmen die Invalidität i.S. der dauernden Erwerbsunfähigkeit verhindert werden kann, ist von Amtes wegen abzuklären, bevor eine Invalidenrente gewährt oder weiter ausgerichtet wird.²⁶⁹⁴

So hält Art. 7 Abs. 2 IVG unmissverständlich fest, dass die versicherte Person an allen zumutbaren Massnahmen zur Eingliederung aktiv teilnehmen muss. Gemäss Art. 7a IVG gilt jede Massnahme als zumutbar, die der Eingliederung der versicherten Person dient; ausgenommen sind Massnahmen, die dem Gesundheitszustand nicht angemessen sind (dazu gerade nachfolgend N 1199). Versicherte haben gem. Art. 8 IVG einen Rechtsanspruch auf Eingliederungsmassnahmen. Vorausgesetzt wird, dass diese notwendig und geeignet sind, die Erwerbsfähigkeit oder die Fähigkeit, sich im Aufgabenbereich zu betätigen, wiederherzustellen, zu erhalten oder zu verbessern (Art. 8 Abs. 1 lit. a IVG). 1197

Darüber hinaus gilt der Grundsatz «Eingliederung aus Rente»: Wenn eine Eingliederung zunächst nicht möglich erscheint, ist der Rentenanspruch zu bejahen. Später kann sich jedoch herausstellen, dass bei der versicherten Person ein Eingliederungspotential vorhanden ist. Diesfalls gilt eine Pflicht, an zumutbaren Eingliederungsmassnahmen teilzunehmen. Die Wiedereingliederung von Rentenbezüger_innen war der Schwerpunkt der 6. IV-Revision (erstes Massnahmenpaket),²⁶⁹⁵ mit der Art. 8a IVG eingeführt wurde. Mit dieser Bestimmung wird den Rentenbezüger_innen ein Rechtsanspruch auf die Massnahmen zur Wiedereingliederung eingeräumt.²⁶⁹⁶ Vorausgesetzt wird, dass die Massnahmen geeignet sind, die Erwerbsfähigkeit voraussichtlich zu verbessern (Art. 8a Abs. 1 lit. a und b IVG). Ziel der 6. IV-Revision war es, die bestehende Anzahl Invalidenrentner_innen mittels Eingliederung zu reduzieren.²⁶⁹⁷ Dass auch für Rentenbezüger_innen mit Eingliederungspotential eine Pflicht zur Teilnahme an Eingliederungsmassnahmen besteht, wurde spätestens mit BGE 145 V 2 geklärt.²⁶⁹⁸ Die Zumutbarkeit der Eingliederungsmassnahmen beurteilt sich grundsätzlich nach Art. 7a IVG. Das Bun- 1198

²⁶⁹⁴ MEYER/REICHMUTH, N 37 zu Art. 8 IVG.

²⁶⁹⁵ Auch IV-Revision 6a genannt. Die IV-Revision 6b resp. das zweite Massnahmenpaket der 6. IV-Revision wurde vom Parlament abgelehnt, vgl. Bundesamt für Sozialversicherungen, Abgelehnte Vorlage: Die IV-Revision 6b, www.bsv.admin.ch (Sozialversicherungen / Invalidenversicherung / Reformen und Revisionen), besucht am 30.04.2021.

²⁶⁹⁶ Siehe auch die ausführliche Darstellung der Änderungen bei: PÄRLI/HUG/PETRIK, N 795 ff.

²⁶⁹⁷ Botschaft 6. IV-Revision, BBl 2010 1840.

²⁶⁹⁸ Siehe dazu ausführlicher: N 1210 ff.

desgericht klärte, dass gem. Sinn und Zweck von Art. 7 Abs. 2 IVG und Art. 8a IVG «die Teilnahme an Wiedereingliederungsmassnahmen nicht ins Belieben der rentenbeziehenden Person gestellt ist. Trotz allfälliger subjektiver Eingliederungs-unfähigkeit muss sie an allen zumutbaren Massnahmen teilnehmen, und zwar aktiv, damit ihr Eingliederungspotential ausgeschöpft werden kann.»²⁶⁹⁹

B. Zumutbarkeit nach Art. 7a IVG

1. Entstehungsgeschichte

- 1199 Das IVG hält in Art. 7a IVG fest, dass grundsätzlich alle Massnahmen, die der Eingliederung der versicherten Person dienen, zumutbar sind. Ausgenommen sind Massnahmen, die dem Gesundheitszustand nicht angemessen sind. Art. 7a IVG ist also relevant für die Beurteilung der Zumutbarkeit jeglicher Eingliederungsmassnahmen, auch der Massnahmen beruflicher Art.
- 1200 Die Konkretisierung der Zumutbarkeit in Art. 7a IVG wurde im Rahmen der 5. IV-Revision eingeführt. Vorher waren die Schadenminderungspflichten der Versicherten verstreut im ATSG, im IVG und in der IVV geregelt.²⁷⁰⁰ Mit der neuen Regelung sollte zum einen die Beweislast umgekehrt werden: Nicht die IV-Stelle muss die Zumutbarkeit beweisen, sondern die versicherte Person die (gesundheitliche) Unzumutbarkeit.²⁷⁰¹ Zum anderen ging der Bundesrat davon aus, dass eine Verschärfung der Zumutbarkeitskriterien v.a. im Bereich der Eingliederung von erheblichem Nutzen sei. Neue, klare und verschärfte Richtlinien zur Zumutbarkeit sollen eine einheitliche Auslegung gewährleisten. Bei einer Verletzung der Schadenminderungspflicht werde «nicht das erforderliche Engagement» gezeigt und es soll schneller und direkter zu den im Gesetz vorgesehenen Konsequenzen (Kürzung oder Verweigerung von Leistungen) kommen.²⁷⁰²

²⁶⁹⁹ BGE 145 V 2, E. 4.2.4.

²⁷⁰⁰ VALTERIO, N 1251.

²⁷⁰¹ Botschaft 5. IV-Revision, BBl 2005 4560.

²⁷⁰² Botschaft 5. IV-Revision, BBl 2005 4526.

Im Parlament wurde die Neuerung in Art. 7a IVG diskutiert.²⁷⁰³ Ein Minderheitsantrag forderte, dass nebst der Gesundheit das Alter und die persönlichen Verhältnisse zu berücksichtigen seien, was mit einem Verweis auf das Verhältnismässigkeitsprinzip und die entsprechende Regelung im AVIG begründet wurde.²⁷⁰⁴ 1201

Die Mehrheit hielt hingegen an einer Verschärfung der Zumutbarkeitsregel entsprechend der allgemeinen Stossrichtung des Gesetzes fest,²⁷⁰⁵ welche auch durch die finanziell angespannte Situation der Versicherung bestimmt wurde. Die Gesundheit sei zudem i.S.v. Art. 7a IVG umfassend zu verstehen und der Mensch in seiner Gesamtheit zu erfassen; hingegen seien keine subjektiven Elemente einzuführen, die den Prozess lediglich unnötig verkomplizieren würden.²⁷⁰⁶ Gerade eine Ergänzung um die Kriterien des Alters und der persönlichen Verhältnisse würde zu einer schwammigen Bestimmung führen und zum Missbrauch verleiten.²⁷⁰⁷ 1202

Der Bundesrat verteidigte die Beschränkung auf den Gesundheitszustand mit ähnlichen Argumenten: Es sei nötig, Klarheit zu schaffen und den Rechtsstaat in diesem Bereich sichtbar zu machen. Die Gesundheit sei zwar umfassend zu verstehen und berücksichtige indirekt das Alter. Hingegen sei der Begriff der persönlichen Verhältnisse zu vage und könne zu unzähligen Ausnahmen führen.²⁷⁰⁸ 1203

Weiter wurde befürchtet, dass zusätzliche Zumutbarkeitskriterien eine Vielzahl von Einspracheverfahren auslösen und das System lähmen würden.²⁷⁰⁹ Die im Vergleich zum AVIG strengeren Kriterien rechtfertigten sich, da die Leistungen der ALV zeitlich begrenzt seien, eine IV-Rente hingegen «prinzipiell für immer» gewährt werde.²⁷¹⁰ 1204

²⁷⁰³ In BGE 145 V 2, E. 4.2.3, hat das BGer festgehalten, dass der historischen Auslegung gerade bei der Auslegung von Gesetzen, die erst vor kurzem verabschiedet wurden, eine erhöhte Bedeutung zukomme, da das historische mit dem geltungszeitlichen Element gleichzusetzen sei.

²⁷⁰⁴ Voten Goll und Bruderer, AB 2006 N 344 f.; siehe zu den Regelungen im AVIG: Kapitel 14 und insbes. N 1112 ff. zu den Kriterien «Alter» und «persönliche Verhältnisse».

²⁷⁰⁵ Votum Humbel, AB 2006 N 344.

²⁷⁰⁶ Votum Ruey, AB 2006 N 345.

²⁷⁰⁷ Votum Stahl, AB 2006 N 345.

²⁷⁰⁸ Votum Couchepin, AB 2006 N 346; interessanterweise wurde derselbe Begriff im AVIG vom Bundesrat verteidigt; es handle sich um «*quelque chose qui est bien défini*», siehe N 1113.

²⁷⁰⁹ Votum Guisan. AB 2006 N 346.

²⁷¹⁰ Votum Wehrli und Votum Guisan, AB 2006 N 346.

Letzteres hat im Rahmen der 6. IV-Revision mit der eingliederungsorientierten Rentenrevision und der Pflicht zur Eingliederung aus Rente eine nicht unwesentliche Relativierung erfahren. Die Lockerung der Zumutbarkeitskriterien wurde vor diesem Hintergrund während der 6. IV-Revision nicht thematisiert.

2. Umstrittene Verfassungs- und Völkerrechtskonformität

- 1205 Der neu gefasste Art. 7a IVG stiess auf erhebliche Kritik in der Lehre. So verwies LOCHER darauf, dass Art. 7a IVG in Bezug auf das in Art. 5 Abs. 2 BV verankerte Verhältnismässigkeitsprinzip zumindest heikel sei. Wenn nur die Gesundheit berücksichtigt werde, würden wesentliche Aspekte des menschlichen Daseins aus der Rechtsanwendung ausgeschlossen. Dabei verlange doch der Grundsatz der Verhältnismässigkeit gerade, dass neben objektiven immer auch subjektive Faktoren, wie etwa das Alter, die berufliche Ausbildung oder die persönlichen Verhältnisse, geprüft würden.²⁷¹¹ VALTERIO ging davon aus, dass die vorherige Rechtsprechung nicht einfach ignoriert werden könne und eine versicherte Person nie an einer ungeeigneten Massnahme teilnehmen müsse.²⁷¹² MURER hielt die Bestimmung für unhaltbar und nicht durchsetzbar. Problematisch sei, dass die grundrechtlichen Schranken aus der BV und der EMRK nicht berücksichtigt würden. Die Verwaltung dürfe sich nicht einseitig vom öffentlichen Interesse eines sparsamen Umgangs mit den Versicherungsmitteln leiten lassen.²⁷¹³
- 1206 Ebenfalls kritisch in Bezug auf die Vereinbarkeit mit den Grundrechten zeigte sich LANDOLT, der eine massive Einschränkung des Grundrechtsschutzes befürchtete. So waren nach der vormals geltenden Rechtsprechung Massnahmen, die grundrechtlich geschützte Lebensbereiche betreffen, nur zulässig, wenn eine erhöhte Inanspruchnahme der Versicherungsleistungen erfolgte. Neu könne etwa ein Wohnungswechsel (und somit ein Eingriff in die Niederlassungsfreiheit) bereits gefordert werden, wenn dadurch Eingliederungsleistungen verhindert werden könnten, während vorher ein Verhindern von Rentenleistungen gefordert gewesen sei.²⁷¹⁴

²⁷¹¹ LOCHER THOMAS, Invalidität, Invaliditätsgrad und Entstehung des Rentenanspruchs nach dem Entwurf zur 5. IV-Revision, Jusletter vom 12. September 2005, N 44.

²⁷¹² VALTERIO, N 1259.

²⁷¹³ MURER, Zumutbarkeit, S. 10; im Wesentlichen bestätigt MURER diese Kritik bei N 94 zu Art. 7–7b IVG.

²⁷¹⁴ LANDOLT HARDY, Auswirkungen der 5. IVG-Revision auf die Schadenminderungspflicht, in: Weber Stephan (Hrsg.), Personen-Schaden-Forum, Zürich/Basel/Genf 2007, S. 217–247, S. 235; kritisch dazu: MURER, N 94 zu Art. 7–7b IVG.

RIEMER-KAFKA forderte eine verfassungskonforme Auslegung der Bestimmung, indem – entgegen den Ausführungen in der bundesrätlichen Botschaft – weitere persönliche Umstände, wie etwa das Alter oder die beruflichen Fähigkeiten, zu berücksichtigen seien.²⁷¹⁵ Auch WEHRLI forderte die Berücksichtigung persönlicher Gründe²⁷¹⁶ und GÄCHTER meinte, es sei klärungsbedürftig, ob tatsächlich nur gesundheitliche Gründe berücksichtigt werden sollten.²⁷¹⁷ 1207

KIESER, PÄRLI und IMHOF weisen alle darauf hin, dass die Bestimmung im Lichte des Völkerrechts (anders) zu verstehen sei: Art. 32 lit. f des ILO-Übereinkommens Nr. 128 fordere eine Ablehnung einer Massnahme ohne «triftigen Grund» als Voraussetzung für eine Sanktion²⁷¹⁸ und weiter ergebe sich aus ILO-Übereinkommen Nr. 128, dass Stärken und Fähigkeiten der Betroffenen zu berücksichtigen seien.²⁷¹⁹ 1208

MOSIMANN folgte schliesslich Ende 2018 aus all dieser Kritik, die sich zusätzlich mit dem Verhältnis zwischen dieser Bestimmung und Art. 21 Abs. 4 ATSG befasste,²⁷²⁰ der Anwendungsbereich von Art. 7a IVG werde sich faktisch auf medizinische Massnahmen beschränken.²⁷²¹ «Vernünftigerweise» würden z.B. berufliche Massnahmen nur angeordnet werden, wenn bei der versicherten Person die erforderliche Bereitschaft zur Durchführung einer Massnahme bestehe.²⁷²² Diese Prognose sollte sich wenig später als falsch erweisen: In BGE 145 V 2 war das Bundesgericht im Januar 2019 mit der vermeintlich unwahrscheinlichen Situation konfrontiert. 1209

²⁷¹⁵ RIEMER-KAFKA, Zumutbarkeit, S. 294.

²⁷¹⁶ WEHRLI, N 162.

²⁷¹⁷ GÄCHTER, Zumutbarkeit, S. 243.

²⁷¹⁸ KIESER, N 117 zu Art. 21 ATSG.

²⁷¹⁹ PÄRLI, Wirksamkeit, N 96; IMHOF, N 52.

²⁷²⁰ RIEMER-KAFKA, Zumutbarkeit, S. 297, schliesst aus dem fehlenden Hinweis darauf, dass mit Art. 7a IVG explizit von Art. 21 Abs. 4 ATSG abgewichen werde, dass Art. 7a IVG nicht nur auf gesundheitliche Gründe beschränkt sein könne; ähnlich ist PÄRLI, Wirksamkeit, N 101, der Meinung, eine Beschränkung des Inhalts von Art. 21 Abs. 4 ATSG durch Art. 7a IVG sei ohne ausdrückliche Kennzeichnung dieser (gewollten) Abweichung, nicht zulässig; auch: MOSIMANN, S. 736 m.w.H.

²⁷²¹ MOSIMANN, S. 739.

²⁷²² MOSIMANN, S. 738.

3. (Etwas) Klärung durch BGE 145 V 2

- 1210 BGE 145 V 2 betraf eine Rentenbezügerin, bei der ein Eingliederungspotential festgestellt wurde und die daher verpflichtet werden sollte, an Eingliederungsmassnahmen teilzunehmen – unter Androhung des Verlusts der Rente bei einer Weigerung (Eingliederung aus Rente). Die Rentenbezügerin wehrte sich gegen diese Anordnung.
- 1211 Das Bundesgericht hielt fest, dass die subjektive Eingliederungsbereitschaft, selbst wenn diese sich durchaus positiv auf die Eingliederungswirksamkeit auswirken werde, nicht Voraussetzung der Zumutbarkeit einer Massnahme sei. Somit könne die Massnahme auch gegen den Willen der betroffenen Person angeordnet werden.²⁷²³
- 1212 Weiter hielt das BGer fest, dass das Alter der Beschwerdeführerin (57 im Zeitpunkt des Entscheides) und die lange Rentenbezugsdauer (20 Jahre) nicht für sich alleine gegen eine erfolgreiche Wiedereingliederung sprechen würden.²⁷²⁴ Obwohl die Gesetzgeberin auf die Aufnahme dieser Kriterien in die Definition der Zumutbarkeit verzichtet habe, flossen bei der Beurteilung der Zumutbarkeit zwingend auch Verhältnismässigkeitsabwägungen ein. Art. 8a Abs. 1 IVG setze die Wirksamkeit und die Geeignetheit einer Massnahme voraus, weshalb die Umstände des konkreten Falles zu würdigen seien. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit sei auch bei der Rechtsanwendung zu beachten.²⁷²⁵ So fallen auch nicht gesundheitliche Faktoren – wie z.B. das Alter und die lange Rentenbezugsdauer – durchaus ins Gewicht.

4. Eingliederungswirksamkeit relativiert Art. 7a IVG

- 1213 Die Auslegung von Art. 7a IVG des Bundesgerichts, dass bei der Beurteilung der Zumutbarkeit einer «Eingliederung aus Rente» gem. BGE 145 V 2 zwingend auch allgemeine Verhältnismässigkeitsüberlegungen einfließen, ist ausdrücklich zu begrüssen. Nach hier vertretener Ansicht kann bezüglich des Grundsatzes «Eingliederung vor Rente» nichts anderes gelten und entsprechend hat bei der Beurteilung der Zumutbarkeit einer (angeordneten, beruflichen) Eingliederungsmassnahme auch der Grundsatz der Verhältnismässigkeit, wie er in Art. 8 IVG zum Ausdruck kommt, berücksichtigt zu werden.

²⁷²³ BGE 145 V 2, E. 4.3.3.3.

²⁷²⁴ BGE 145 V 2, E. 5.3.1.

²⁷²⁵ BGE 145 V 2, E. 4.3.1.

National- und Ständerat haben im Rahmen der jüngsten Revision des IVG (Weiterentwicklung der IV) einer Änderung von Art. 8 Abs. 1^{bis} IVG zugestimmt,²⁷²⁶ wonach bei der Festlegung der Massnahme insbesondere das Alter, der Entwicklungsstand, die Fähigkeit der versicherten Person und die zu erwartende Dauer des Erwerbslebens zu berücksichtigen sind. Damit soll betont werden, dass bei jüngeren Personen die Eingliederungsmassnahmen besonders intensiv sein sollen.²⁷²⁷

Im Zusammenhang mit Art. 8 Abs. 1 lit. a IVG wird auch von der «Eingliederungswirksamkeit» einer Massnahme gesprochen. Zwischen der Dauer, den Kosten und dem wirtschaftlichen Erfolg einer Massnahme soll ein vernünftiges Verhältnis bestehen.²⁷²⁸ 1214

Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu den beruflichen Massnahmen hält 1215 fest, dass bei fehlendem subjektivem Eingliederungswille kein Anspruch auf eine berufliche Massnahme i.S.v. Art. 8 IVG bestehe. Die versicherte Person, die subjektiv überzeugt sei, nicht mehr auf dem ersten Arbeitsmarkt arbeiten zu können, könne also nicht fordern, ihr seien (berufliche) Massnahmen zur Eingliederung in den ersten Arbeitsmarkt zu gewähren.²⁷²⁹ Ohne die subjektive Eingliederungsfähigkeit würden nämlich berufliche Eingliederungsmassnahmen keinen Sinn ergeben²⁷³⁰ und seien zum Scheitern verurteilt. Keinen Anspruch auf Massnahmen zur Eingliederung aus Rente hat, wer kein Interesse an diesen Massnahmen zeigt. Diese Personen werden auf den Weg der Selbsteingliederung verwiesen.²⁷³¹

²⁷²⁶ AB 2019 S 769; AB 2019 N 105 f.

²⁷²⁷ Botschaft Weiterentwicklung IV, BBl 2017 2647.

²⁷²⁸ Bundesamt für Sozialversicherungen, Kreisschreiben über die Eingliederungsmassnahmen beruflicher Art (KSBE), Stand: 01.01.2020, N 1006 1/18.

²⁷²⁹ Urteile BGer 9C_469/2016 v. 22.12.2016, E. 7; 9C_276/2016 v. 19.08.2016, E. 3.5; 9C_231/2015 v. 07.09.2015, E. 4.2; 9C_474/2013 v. 20.02.2014, E. 6.3; 9C_563/2012 v. 15.11.2012, E. 3.3; 9C_494/2007 v. 06.05.2008, E. 2.2.2.

²⁷³⁰ MEYER/REICHMUTH, N 5 zu Art. 15 IVG.

²⁷³¹ Urteil BGer 9C_623/2014 v. 19.02.2015, E. 5.2; an dieser Rechtsprechung hat BGE 145 V 2 nichts geändert; insofern ist WEISS MARCO, Pflicht zur Eingliederung?, Jusletter vom 16. September 2019, N 22, nicht zu folgen, wenn er ausführt, dass vor diesem Entscheid die subjektive Eingliederungsfähigkeit der Mitwirkungspflicht Grenzen gesetzt habe. Die fehlende Eingliederungswilligkeit begrenzt lediglich den Anspruch auf Eingliederungsmassnahmen, so auch in Urteil BGer 8C_664/2013 v. 25.03.2014.

Hingegen darf ein Anspruch auf Eingliederungsmassnahmen nicht bereits verneint werden, weil eine versicherte Person bei der Begutachtung ein «übertriebenes Krankheitsgebaren» zeigt. Dies ist jedoch ein Grund, um die Motivation, an Eingliederungsmassnahmen teilzunehmen, näher zu prüfen.²⁷³²

- 1216 Dies steht im Widerspruch dazu, was das Bundesgericht in BGE 145 V 2 festgestellt hat – nämlich, dass der fehlende Eingliederungswille nicht gegen eine Massnahme spricht. Nun ist darauf hinzuweisen, dass bereits Art. 7a IVG erwähnt, dass nur Massnahmen, die der Eingliederung dienen, angeordnet werden können. Nach hier vertretener Meinung rechtfertigt es sich nicht, die Eignung einer Massnahme anders zu beurteilen, wenn sie von den Behörden angeordnet wird, als wenn die versicherte Person ihren Anspruch i.S.v. Art. 8 IVG resp. Art. 8a IVG darauf geltend macht. Somit wäre auch bei einer Anordnung einer Massnahme die Verhältnismässigkeit i.S. der Eingliederungswirksamkeit unter subjektiven Gesichtspunkten zu prüfen.

Zusätzlich ist darauf hinzuweisen, dass eine Pflicht zur Teilnahme an Eingliederungsmassnahmen nicht zwingend mit der geforderten Selbstverantwortung übereinstimmt. Es fehle nämlich an empirischen Nachweisen, wonach die Teilnahme an den Programmen die gesundheitliche oder erwerbliche Situation der Einzelperson langfristig zu bessern vermöge.²⁷³³

- 1217 Die Eignung ist also ein Aspekt, der bei der Beurteilung der Verhältnismässigkeit einer Eingliederungsmassnahme besonders zu berücksichtigen ist. Eine Massnahme, die zum Scheitern verurteilt ist, kann die versicherte Person weder einfordern, noch kann sie von ihr gefordert werden.²⁷³⁴
- 1218 Weiter gehört zur Prüfung der Verhältnismässigkeit einer Massnahme gem. Art. 8 IVG die Angemessenheit, welche in sachlicher, zeitlicher, finanzieller und persönlicher Hinsicht gegeben sein muss.²⁷³⁵ Um die persönliche Angemessenheit zu prüfen, sind die persönlichen Verhältnisse einzubeziehen.²⁷³⁶

²⁷³² Urteil BGer 8C_235/2019 v. 20.01.2020, E. 3.2.3.

²⁷³³ KIESER, Wiedereingliederung, S. 145.

²⁷³⁴ So auch: VALTERIO, N 1261, 1339.

²⁷³⁵ BGE 143 V 190, E. 2.2 (betreffend Hilfsmittelverordnung); BGE 142 V 523, E. 2.3 (betreffend erstmalige berufliche Ausbildung); BGE 132 V 215, E. 3.2.2 (betreffend Beinprothese); auch statt vieler aus der Lehre: BUCHER, N 128.

²⁷³⁶ BUCHER, N 138.

Aus der Prüfung der Notwendigkeit und Angemessenheit ergibt sich, dass eine Person keinen Anspruch auf die bestmögliche Eingliederungsmassnahme geltend machen kann, sondern nur auf diejenigen, die notwendig sind, um den Eingliederungszweck zu erreichen.²⁷³⁷ Was notwendig oder erforderlich ist, kann nicht abstrakt festgelegt werden und in der Rechtsprechung ist anerkannt, dass dies von den Umständen des konkreten Falles abhängt. Zu den relevanten Umständen gehört auch die von Person zu Person unterschiedliche objektive und subjektive Eingliederungsfähigkeit, was den Gesundheitszustand, das Leistungsvermögen, die Bildungsfähigkeit und die Motivation umfasst.²⁷³⁸ Auch hier wird die Eingliederungsbereitschaft bei der Beurteilung der Massnahme mitberücksichtigt.²⁷³⁹ 1219

Insgesamt ist mit einer konsequenten Prüfung der nach Art. 8 IVG massgebenden Umstände bei der Prüfung der Zumutbarkeit der (angeordneten) Teilnahme an einer Massnahme zumindest teilweise der Problematik beizukommen, dass Art. 5 Abs. 2 BV durch Art. 7a IVG verletzt werden könnte. So könnte auch eine Übereinstimmung mit den völkerrechtlichen Verpflichtungen erreicht werden. Subjektive – über den Gesundheitszustand hinausgehende – Kriterien in die Zumutbarkeitsprüfung einzubeziehen, drängt sich im Interesse der Wirtschaftlichkeit der Verwaltung auf: Jemanden zu einer unwirksamen Massnahme zu zwingen, ist genauso unwirtschaftlich, wie diese auf Gesuch hin zuzusprechen. 1220

5. Relativierung durch grundrechtlich geschützte Positionen?

Art. 7a IVG wurde, wie gezeigt, aus grundrechtlicher Sicht als «unhaltbar» beurteilt. Im Zusammenhang mit medizinischen Massnahmen zur Selbsteingliederung weist FÄSSLER insbesondere darauf hin, dass die Erforderlichkeit einer Massnahme kaum geprüft werde und so nicht Gegenstand der Abklärungen sei, ob eine weniger einschneidende Massnahme zur Verfügung stehe. (Medizinische) Massnahmen würden bereits bei einer geringen Erfolgswahrscheinlichkeit als notwendig angesehen. Da mit den Massnahmen stark in das Grundrecht auf körperliche Integrität eingegriffen werde, sei dies problematisch.²⁷⁴⁰ Die Rechtsprechung hat nicht zu einer grundlegenden Klärung geführt, wie grundrechtlich geschützte 1221

²⁷³⁷ BGE 142 V 523, E. 6.3; VALTERIO, N 1339.

²⁷³⁸ BGE 142 V 523, E. 6.3.

²⁷³⁹ BUCHER, N 124, m.H.a. diverse Urteile des Bundesgerichts; VALTERIO, N 1338, erwähnt in diesem Zusammenhang auch die Motivation der versicherten Person.

²⁷⁴⁰ FÄSSLER, S. 151.

Positionen bei der Beurteilung der Zumutbarkeit einer beruflichen Massnahme zu berücksichtigen sind.

- 1222 Diverse Beschwerden befassten sich mit der Frage, inwiefern die Grundrechte den zumutbaren Charakter von (Selbst-)Eingliederungsmassnahmen beschränken²⁷⁴¹ – Rechtsprechung zu Eingliederungsmassnahmen beruflicher Art mit einem grundrechtlichen Bezug gibt es hingegen kaum. Hinzuweisen ist auf den Versicherten, der auf dem Handrücken als Ausdruck seiner jainistischen Glaubensüberzeugung eine gut sichtbare Hakenkreuz-Tätowierung trug.²⁷⁴² Als berufliche Massnahme wurde dem Sehbehinderten eine Umschulung nach Art. 17 IVG zum medizinischen Masseur gewährt. Der (private) Betrieb, in welchem der Beschwerdeführer das Praktikum hätte absolvieren sollen, welches zur Ausbildung gehört, forderte ihn auf, seine Tätowierung abzudecken. Dies lehnte der Versicherte ab, woraufhin er aufgefordert wurde, eine Praktikumsstelle zu organisieren und allfällige Vorgaben, wie das Abdecken des Tattoos, zu akzeptieren. Nach unbenutzt verstrichener Frist wurden seine Taggeldzahlungen eingestellt und weitere Leistungsbegehren abgelehnt. Das Bundesgericht erwog, es sei nicht entscheidend, ob eine private Arbeitgeber_in von ihren Angestellten das Abdecken oder Ablegen religiöser Symbole verlangen dürfe. Vielmehr sei zu entscheiden, ob «die staatliche Sozialversicherung ihre Leistungen einstellen darf, wenn eine Anstellung deshalb nicht zustande kommt, weil ein privater Arbeitgeber (zivilrechtlich allenfalls zulässigerweise) Anforderungen stellt, denen sich der Versicherte aus religiösen oder weltanschaulichen Gründen nicht unterzieht».²⁷⁴³ Das Gericht kam zum Schluss, das Abdecken des Symbols sei eine «eher geringfügige Einschränkung der Religionsfreiheit».²⁷⁴⁴ Dennoch sei es fraglich, ob eine endgültige Ablehnung des Leistungsbegehrens verhältnismässig sei, da nicht klar gewesen sei, ob ein anderer Praktikumsplatz hätte gefunden werden können und ob dieser auch das Abdecken der Tätowierung gefordert hätte. Insgesamt geht das BGer aber davon aus, dass das Abdecken der Tätowierung aus sozialversicherungsrechtlicher Sicht zumutbar

²⁷⁴¹ Siehe etwa die bereits zitierten: BGE 138 I 205 und Urteil BGer I 750/04 v. 05.04.2006 zu Personen, die der Gemeinschaft der Fahrenden angehören, und BGE 113 V 22 betreffend die faktischen Grundrechtseingriffe durch Nichtgewährung von (IV-)Versicherungsleistungen (siehe dazu: N 547).

²⁷⁴² Im Jainismus ist die Swastika unbestritten ein religiöses Symbol, vgl. Urteil BGer 9C_301/2008 v. 02.07.2008, E. 2.

²⁷⁴³ Urteil BGer 9C_301/2008 v. 02.07.2008, E. 4.2.

²⁷⁴⁴ Urteil BGer 9C_301/2008 v. 02.07.2008, E. 5.1.

wäre,²⁷⁴⁵ und dem Versicherten bleiben drei Optionen: Erstens kann es ihm gelingen, einen Praktikumsplatz zu finden, der das Abdecken nicht fordert; zweitens kann er das Abdecken als leichten Grundrechtseingriff hinnehmen; oder drittens kann er auf die Leistungen der Invalidenversicherung verzichten.²⁷⁴⁶

Trotz der hier *in casu* bejahten Zumutbarkeit ist zu betonen, dass die restriktive Umschreibung der Zumutbarkeit in Art. 7a IVG nicht davon befreit, die Abwehrfunktion der Freiheitsrechte zu beachten (siehe Kapitel 13). Nach hier vertretener Ansicht hat dies mit einer umfassenden Zumutbarkeitsprüfung zu erfolgen. Dabei ist die Zumutbarkeit als ein Teil der Verhältnismässigkeit anzusehen, die auch die Eignung und die Erforderlichkeit des Eingriffs in ein Grundrecht umfasst,²⁷⁴⁷ weisen doch die gesetzlichen Voraussetzungen zur Geltendmachung eines Leistungsanspruchs einen Eingriffscharakter auf. Dies trifft insbesondere auf die Aufforderung zur Teilnahme an einer beruflichen Massnahme zu.²⁷⁴⁸ 1223

Zwar entbinden die Religion und andere Glaubensüberzeugungen – die Ausübung von Grundrechten generell – eine Person nicht von ihrer Schadenminderungspflicht. Alleine aufgrund einer religiösen oder anderen weltanschaulichen Überzeugung davon abzusehen, überhaupt berufliche Eingliederungsmassnahmen durchzuführen, würde gegen den Grundsatz «Eingliederung vor Rente» verstossen.²⁷⁴⁹ Ausserdem wäre es aus Sicht des Gebots der Gleichbehandlung (Art. 8 Abs. 1 BV) und des Diskriminierungsverbots (Art. 8 Abs. 2 BV) problematisch, wenn Personen aufgrund ihrer Religion von den Eingliederungsmassnahmen und der damit potentiell gebotenen gesellschaftlichen Teilhabe ausgeschlossen würden. Denn diese Massnahmen gehören zu denjenigen, die der Staat zur Erfüllung seiner Pflichten zur Verwirklichung des Rechts auf Arbeit zu ergreifen hat.²⁷⁵⁰ Bei der Auswahl der Eingliederungsmassnahme ist aber verfassungs- und 1224

²⁷⁴⁵ Siehe zu diesem Urteil auch: RIEMER-KAFKA/LISCHER, S. 558; PÄRLI, Grundrechtliche Schranken, S. 267; DESPLAND, S. 101; DILLENA ANJA, Sozialversicherungsrecht in Konflikt mit Grundrechten und die Bedeutung der EMRK, Zürich 2018, N 148 f.

²⁷⁴⁶ PÄRLI, Grundrechtliche Schranken, S. 267.

²⁷⁴⁷ Ähnlich: RIEMER-KAFKA/LISCHER, S. 556 f.

²⁷⁴⁸ RIEMER-KAFKA GABRIELA, Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, 6. Aufl., Bern 2018, N 1.52.

²⁷⁴⁹ RIEMER-KAFKA/LISCHER, S. 558.

²⁷⁵⁰ Zur Verbindung des Grundsatzes «Eingliederung vor Rente» zum Recht auf Arbeit: BORGGI/PREVITALI, S. 77; ausführlich zum Recht auf Arbeit: Kapitel 8 und Kapitel 12 in Bezug auf Personen mit Behinderungen.

grundrechtskonform vorzugehen. Das heisst, dass bei der Beurteilung der Zumutbarkeit darauf Rücksicht zu nehmen ist, welche Arbeit aus religiöser Sicht der betroffenen Person möglich ist. Dabei ist – analog zur Rechtsprechung im Bereich der ALV²⁷⁵¹ – zu berücksichtigen, wie schwer die persönlichen Glaubensansichten durch die betreffende Stelle berührt würden und ob auch andere Tätigkeiten zur Verfügung stehen, bei denen kein Konflikt mit den Grundfreiheiten besteht.²⁷⁵²

Problematisch bleibt dabei, dass, wenn keine Tätigkeiten zur Verfügung stehen, bei denen der Konflikt mit den religiösen Überzeugungen vermieden werden kann, dies massgebend der versicherten Person angelastet wird. Die fehlende Inklusivität des Arbeitsmarktes und der lückenhafte Schutz vor Diskriminierungen im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis werden der versicherten Person angerechnet und es wird von ihr verlangt, ihre Glaubensansichten anzupassen, wobei der Staat kaum Verantwortung dafür übernimmt, dass die Verpflichtung, für einen diskriminierungsfrei zugänglichen Arbeitsmarkt zu sorgen, (noch) nicht erfüllt ist.²⁷⁵³

- 1225 Insgesamt kann gefolgert werden, dass die Verschärfung der Zumutbarkeitsregel den Grundsatz der Verhältnismässigkeit und den grundrechtlichen Schutz nicht ausser Kraft setzt.²⁷⁵⁴ Die grundrechtskonforme Anwendung von Art. 7a IVG führt dazu, dass auch persönliche Umstände mitberücksichtigt werden müssen. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts ist diesbezüglich bisher jedoch restriktiv. Der Umstand, dass der Schadenminderungspflicht in vielen Konstellationen die Priorität vor der Leistungspflicht der Versicherung eingeräumt wird, findet entsprechend pointierte Kritik: Die Grundrechte dürften nicht systematisch auf dem Altar der Schadenminderungspflicht geopfert werden.²⁷⁵⁵

²⁷⁵¹ Siehe vor allem BGE 109 V 25 und dazu insbesondere N 1163.

²⁷⁵² Urteil BGer 9C_301/2008 v. 02.07.2008, E. 4.4; RIEMER-KAFKA/LISCHER, S. 558.

²⁷⁵³ Siehe dazu auch N 990 zur Religionsfreiheit in der Sozialhilfe und so auch: PÄRLI, Religion, S. 98.

²⁷⁵⁴ RIEMER-KAFKA/LISCHER, S. 556.

²⁷⁵⁵ DUC JEAN-LOUIS/MONNARD SÉCHAUD CORINNE, L'assurance-invalidité, in: Meyer Ulrich (Hrsg.), Soziale Sicherheit – Sécurité sociale, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht (SBVR), Band XIV, 3. Aufl., Basel 2016, S. 1411–1679, N 74.

C. **Zusätzliche Schranken bei Massnahmen beruflicher Art?**

Die oben umschriebene Zumutbarkeit gilt auch für die Teilnahme an Massnahmen beruflicher Art. Diese sind in Art. 15–18b IVG geregelt. Es kann gefragt werden, ob sich aus der konkreten Ausgestaltung dieser Massnahmen weitere Konturen einer als zumutbar zu beurteilenden Eingliederungsmassnahme ergeben. 1226

Illustriert am Arbeitsversuch ist dies zu verneinen. Der Arbeitsversuch als berufliche Massnahme wurde anlässlich der IVG-Revision 6a neu ins Gesetz aufgenommen.²⁷⁵⁶ Der Versuch wird in einem Betrieb des ersten Arbeitsmarktes durchgeführt und dauert maximal 180 Tage. 1227

Die Befristung auf 180 Tage kann zwar als eine Schranke der Zumutbarkeit gesehen werden, jedoch wurde in N 944 in Bezug auf den Einarbeitungszuschuss bereits festgehalten, dass diese Befristung im Lichte der UN-BRK problematisch ist, da dadurch der defizitorientierte Ansatz des IVG betont wird.

Art. 18a Abs. 3 IVG hält explizit fest, dass während eines Arbeitsversuchs kein Arbeitsverhältnis gem. OR entsteht. Gewisse Bestimmungen der Art. 319 ff. OR sind dennoch sinngemäss anwendbar. Dies betrifft etwa die Sorgfalts- und Treuepflicht gem. Art. 321a OR, die Überstundenarbeit gem. Art. 321c OR oder den Persönlichkeitsschutz gem. Art. 328 OR.²⁷⁵⁷ Ein Anspruch auf Lohn besteht nicht und die Teilnehmer_innen an einem Arbeitsversuch beziehen weiterhin das IV-Taggeld resp. die Rente (Art. 18 Abs. 2 IVG). Ein allfälliger GAV findet keine Anwendung auf den Arbeitsversuch.²⁷⁵⁸ Angewandt wird hingegen das ArG, da unselbständige Arbeit unter der Weisungsgewalt des Einsatzbetriebs geleistet wird.²⁷⁵⁹ 1228

Im Nationalrat wurde Art. 18a IVG kritisiert und der Verzicht auf die Bestimmung gefordert.²⁷⁶⁰ Begründet wurde dies mit den massgeblichen Abweichungen von arbeitsrechtlichen Prinzipien, was den versicherten Personen v.a. Pflichten auferlege, aber keine korrelierenden Rechte verleihe. Weigere sich eine Person, Gratisarbeit für eine private Arbeitgeber_in zu leisten, drohe «auf einen Schlag» der Verlust sämtlicher Rentenansprüche. Es sei eine «indirekte Form von Zwangsarbeit». 1229

²⁷⁵⁶ Vgl. zur Entstehungsgeschichte: MURER, N 33 ff. zu Art. 18–18c IVG.

²⁷⁵⁷ Bei der gesetzlichen Aufstellung handelt es sich um eine abschliessende Liste, siehe: WYLER/HEINZER, S. 1153; MEIER/PÄRLI, N 54.

²⁷⁵⁸ WYLER/HEINZER, S. 1154.

²⁷⁵⁹ Botschaft 6. IV-Revision, BBl 2010 1891; WYLER/HEINZER, S. 1154.

²⁷⁶⁰ Im Ständerat fand soweit ersichtlich keine Debatte zu Art. 18a IVG statt.

Die rechtsstaatlichen Warnlampen hätten versagt – grundrechtliche Überlegungen hätten keine stattgefunden und das Prinzip des Arbeitsvertrags als synallagmatischer Vertrag sei weitgehend ausser Kraft gesetzt worden.²⁷⁶¹

- 1230 Nach hier vertretener Ansicht ist ein Arbeitsversuch grundsätzlich eine Arbeit, die unter Androhung einer Strafe i.S.v. Art. 1 Abs. 2 ILO-Übereinkommen Nr. 29 ausgeführt werden muss. Somit sind die definierenden Elemente der Zwangsarbeit erfüllt (siehe N 728 ff.). Jedoch hat die Prüfung, ob es sich um eine übermässige Last handelt, zum Schluss zu führen, dass dies nicht der Fall ist. Einer Person, die ihren Anspruch auf IV-Rente oder IV-Taggelder verliert, bleiben Alternativen: Da die IV-Leistungen nicht bedarfsabhängig sind, besteht die Möglichkeit, dass andere Ressourcen zur Deckung des Existenzbedarfs zur Verfügung stehen; fehlen solche Ressourcen, bleibt der Anspruch auf Sozialhilfe. Dies sind zwar unattraktive Möglichkeiten zum Ausstieg aus dem aufgezwungenen Arbeitsverhältnis, aber wie in N 758 begründet, ist dies ausreichend, um einen Konflikt mit dem Zwangsarbeitsverbot zu verhindern.
- 1231 Der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind soweit ersichtlich keine Fälle zu entnehmen, in denen eine Sanktionierung erfolgt wäre, weil eine Person nicht am zugewiesenen Arbeitsversuch teilgenommen hätte.²⁷⁶² Mit Urteil BGer 8C_388/2013 v. 16.12.2013 wurde die Sanktion gegenüber einem Versicherten bestätigt, dessen Arbeitsversuch abgebrochen wurde, weil er eine Erhöhung des Arbeitspensums von 50 % auf 80 % ablehnte, obwohl die Erhöhung aus medizinischer Sicht zumutbar gewesen wäre. Begründet wurden der Abbruch und die Sanktion damit, dass dem Versicherten der Eingliederungswille fehle. Er betrachte sich subjektiv nicht in der Lage, mehr als 50 % zu arbeiten, was nicht auf eine depressive Symptomatik zurückzuführen sei, sondern auf die «passive Grundhaltung» des Versicherten. Er hätte es in der Hand gehabt, seinem Leben eine Aktivität zu vermitteln. Dieses regressive Verhalten sei überwindbar.²⁷⁶³ Durch seine fehlende Bereitschaft, die Präsenz am Arbeitsplatz in moderater Weise zu erhöhen, habe er den Zweck des Arbeitsversuchs vereitelt. Der Arbeitsversuch sei so nicht mehr geeignet, um die Eingliederung zu fördern, und habe entsprechend ohne Verletzung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes durch die Behörde abgebrochen werden können.²⁷⁶⁴

²⁷⁶¹ Votum Rechsteiner, AB 2010 N 2091.

²⁷⁶² Zur Unfallversicherungspflicht in einem Arbeitsversuch siehe: BGE 144 V 411.

²⁷⁶³ Urteil BGer 8C_388/2013 v. 16.12.2013, E. 4.3.1.

²⁷⁶⁴ Urteil BGer 8C_388/2013 v. 16.12.2013, E. 4.3.2.

IV. Folgen der Nichtteilnahme an einer zumutbaren beruflichen Massnahme

Gemäss Art. 7b Abs. 1 IVG gilt, dass die Leistungen nach Art. 21 Abs. 4 ATSG gekürzt oder verweigert werden können, wenn eine versicherte Person ihren Pflichten nach Art. 7 IVG – also u.a. der Pflicht, an beruflichen Eingliederungsmassnahmen teilzunehmen – nicht nachkommt. Generell wird einer Person, die ihrer Schadenminderungspflicht nicht nachkommt, der voraussichtliche Eingliederungserfolg angerechnet; sie wird so gestellt, wie wenn sie sich gesetzeskonform verhalten hätte. Dies trägt gem. Bundesgericht dem Verhältnismässigkeitsprinzip Rechnung. Leistungen, auf die auch nach der (erfolgreichen) Massnahme Anspruch bestünde, dürfen nicht gekürzt oder verweigert werden.²⁷⁶⁵ Dies gilt sowohl für die «Eingliederung vor Rente» als auch für die «Eingliederung aus Rente».²⁷⁶⁶ In beiden Fällen ist das in Art. 21 Abs. 4 ATSG vorgesehene Mahn- und Bedenkzeitverfahren anzuwenden, dies auch, wenn eine Massnahme abgebrochen wird.²⁷⁶⁷

Art. 21 Abs. 4 ATSG setzt für eine Sanktionierung voraus, dass die vorgesehene Massnahme zu einer wesentlichen Verbesserung der Erwerbsfähigkeit oder einer neuen Erwerbsmöglichkeit führt. Diese «wesentliche» Erfolgsaussicht ist nicht als Voraussetzung der Massnahmen in Art. 7, 8 und 8a IVG genannt. Bis anhin wurde durch das Bundesgericht nicht geklärt, ob eine wesentliche Verbesserung der Erfolgsaussicht auch ein Sanktionserfordernis im Zusammenhang mit den Eingliederungsmassnahmen des IVG ist.²⁷⁶⁸

Das Mahn- und Bedenkzeitverfahren sieht vor, dass die Person, die sich einer Massnahme entzieht, vor der Sanktion schriftlich gemahnt und auf die Rechtsfolgen hingewiesen wird und ihr angemessene Bedenkzeit eingeräumt wird. Dies soll der versicherten Person erlauben, sich der Folgen ihres Verhaltens bewusst zu werden. Daher ist der versicherten Person «unter substantzierter Bezugnahme auf das von ihr geforderte Verhalten schriftlich mitzuteilen, welche Folgen ihre Widersetzlichkeit nach sich ziehen kann, und sie ist aufzufordern, ihrer (zumutbaren)

²⁷⁶⁵ Urteil BGer 8C_865/2017 v. 19.10.2018, E. 5.2.2; 9C_842/2010 v. 26.01.2011, E. 2.2; KIESER, N 140 zu Art. 21 ATSG; KIESER, Wiedereingliederung, S. 147.

²⁷⁶⁶ Zu letzterer ausdrücklich: BGE 145 V 2, E. 4.2.2.

²⁷⁶⁷ BGE 145 V 2, E. 4.2.2; Urteil BGer 9C_494/2007 v. 06.05.2007.

²⁷⁶⁸ BGE 145 V 2, E. 4.2.2.

Schadenminderungspflicht nachzukommen».²⁷⁶⁹ Das Mahn- und Bedenkzeitverfahren ist auch bei offensichtlich fehlender Eingliederungsbereitschaft durchzuführen.²⁷⁷⁰

Die in Art. 7b Abs. 2 IVG vorgesehenen Ausnahmen des Mahn- und Bedenkzeitverfahrens sind vorliegend nicht einschlägig. Diese Bestimmung hat zu einigen Präzisierungen in der Rechtsprechung Anlass gegeben.²⁷⁷¹

- 1235 Zu erwähnen bleibt, dass eine Teilnahme an einer beruflichen Massnahme bei einer «Eingliederung aus Rente» ebenfalls empfindliche Folgen auf die Berechtigung zum Bezug von Leistungen der IV haben kann: So besteht die Pflicht zur «Eingliederung aus Rente» auch für Personen, deren gesundheitliche Situation sich nicht geändert hat. Einzig die Auswirkungen des vorhandenen Gesundheitsschadens auf die Erwerbsfähigkeit werden nunmehr anders beurteilt.²⁷⁷² Für die Pflicht zur Teilnahme an einer Eingliederungsmassnahme wird kein Rentenrevisionsgrund nach Art. 17 ATSG vorausgesetzt, jedoch kann die erfolgreiche Teilnahme an einer Massnahme einen solchen schaffen: Wenn durch die Eingliederungsmassnahme die Erwerbsfähigkeit gesteigert und damit der Invaliditätsgrad vermindert wird, kann die Rente nach Art. 17 ATSG aufgehoben oder gekürzt werden.²⁷⁷³ Eine Gefahr besteht für die Versicherten darin, dass sie trotz durch Eingliederungsmassnahmen gesteigerter Erwerbsfähigkeit keine Anstellung im ersten Arbeitsmarkt finden. Sie gelten dann nicht mehr (im selben Ausmass) als invalid, sondern als arbeitslos. In der Arbeitslosenversicherung haben sie jedoch lediglich Anspruch auf 90 Taggelder; danach bleibt die Sicherung der Existenz durch die Sozialhilfe.²⁷⁷⁴

²⁷⁶⁹ KIESER, N 136 zu Art. 21 ATSG; ähnlich: Urteil BGer I 928/06 v. 28.04.2007, E. 4.2; bereits vor Inkrafttreten des ATSG: BGE 122 V 218, E. 4b.

²⁷⁷⁰ Urteil BGer 9C_494/2007 v. 06.05.2008, E. 2.2.2.

²⁷⁷¹ So ist die Bestimmung gem. Urteil BGer 8C_743/2018, E. 5.2.2 m.w.H., nur auf Fälle qualifizierter Pflichtverletzungen anwendbar, z.B. wenn strafrechtlich relevante Betrugshandlungen vorgenommen wurden; Ziel der Bestimmung ist es gem. BGE 138 V 63, E. 4.3, Sanktionen zu erleichtern, aber sie stellt keinen eigenständigen Grund dar, um auf eine rechtskräftige Verfügung zurückzukommen; siehe für weitere Hinweise: VALTERIO, N 9 ff. zu Art. 7b IVG.

²⁷⁷² Siehe z.B.: BGE 145 V 2, E. 2.2; derselbe Gesundheitsschaden führe nach einer Neuurteilung nicht mehr zu einer 100 %-Erwerbsunfähigkeit, sondern zu einer 80 %-Erwerbsfähigkeit.

²⁷⁷³ BGE 145 V 2, E. 4.2.4; vgl. ausführlich dazu und zum gesamten Entscheid: MEIER; KIESER, Wiedereingliederung, S. 146.

²⁷⁷⁴ MEIER, S. 130.

Gerade beim Sachverhalt, der BGE 145 V 2 zu Grunde lag, scheint die Gefahr gegeben, dass trotz (theoretisch) gesteigerter Erwerbsfähigkeit die betroffene Person zur Existenzsicherung auf die Sozialhilfe angewiesen sein wird. Denn die Beschwerdeführerin war seit knapp 20 Jahren IV-Rentenbezügerin und im Zeitpunkt der Anordnung der Eingliederungsmassnahme 57-jährig. Zu Recht wird daher darauf hingewiesen, dass die Prüfung der Verhältnismässigkeit insbesondere unter dem Aspekt der Erfolgsaussichten der Massnahme in diesem Urteil anders hätte ausfallen müssen.²⁷⁷⁵

V. Vereinbarkeit mit übergeordnetem Recht

Es lassen sich mehrere problematische Aspekte betreffend die Vereinbarkeit des Eingliederungsrechts des IVG mit dem übergeordneten Recht ausmachen.²⁷⁷⁶ Zunächst ist auf die offensichtliche Diskrepanz zwischen Art. 7a IVG und den in diversen internationalen Übereinkommen vorgesehenen Kriterien zur Zumutbarkeit von Eingliederungsmassnahmen hinzuweisen:

- Die BRK fordert, dass bei der Eingliederung auf die Bedürfnisse und Stärken der Teilnehmer_innen eingegangen wird. Die Programme sollen zudem freiwillig sein.
- Das ILO-Übereinkommen Nr. 128 fordert die Rücksichtnahme auf die Fähigkeiten der behinderten Person und dass Sanktionen nur möglich sind, wenn kein triftiger Grund für das Ablehnen einer Massnahme vorliegt.
- Weitere in Teil II erarbeitete Kriterien, etwa betreffend die Arbeitsbedingungen und den leistungsgerechten Lohn oder die Fähigkeiten und die persönlichen Verhältnisse, werden nicht berücksichtigt.

Zwar konnte gezeigt werden, dass einigen verfassungsrechtlichen Bedenken, die Art. 7a IVG geweckt hat, begegnet werden kann, wenn die Eingliederungswirksamkeit und allgemeine Verhältnismässigkeitsüberlegungen bei der Beurteilung der Zumutbarkeit konsequent einfließen. Jedoch ist eine Auslegung dahingehend, dass keine Pflicht zur Teilnahme an den Programmen besteht, sondern diese als freiwillig betrachtet werden – was einen Verzicht auf die Sanktionen implizieren würde –, nicht mit dem Gesetzestext vereinbar.

²⁷⁷⁵ MEIER, S. 131.

²⁷⁷⁶ Siehe auch ausführlich zu Aspekten des IVG, die nicht oder nur schwer mit der BRK vereinbar sind: INCLUSION HANDICAP.

- 1238 Augenfällig ist, dass die subjektive Eingliederungsfähigkeit zwar nichts am zumutbaren Charakter einer Massnahme i.S.v. Art. 7a IVG ändert und eine Person trotz subjektiver Hinderungsgründe zur Massnahme verpflichtet werden darf, aber bei gleicher Ausgangslage die IV solche Massnahmen ablehnen darf, weil sie nicht eingliederungswirksam seien. Bedürfnisse und Neigungen der betroffenen Personen werden vernachlässigt.
- 1239 Ob eine Auslegung, die ein Abstellen auf die Fähigkeiten fordert, überhaupt noch vom Gesetzestext gedeckt wird, ist zweifelhaft. Die Bestimmung ist einer vollständig völkerrechtskonformen Auslegung eher nicht zugänglich. IMHOF kam entsprechend zum Schluss, dass eine völkerrechtskonforme Formulierung offener zu sein habe und in Anlehnung an § 65 des deutschen SGB I Eingliederungsmassnahmen «aus wichtigem Grund nicht zumutbar» sein sollten. Als wichtiger Grund hätte u.a. die unangemessene Herabqualifizierung oder die Nichtberücksichtigung der bisherigen beruflichen Tätigkeit zu gelten.²⁷⁷⁷
- 1240 Insbesondere ist hervorzuheben, dass das IVG der modernen Betrachtung der Behinderung als ein systemisches Problem, welches sich durch ein komplexes Zusammenspiel von sozioökonomischen Faktoren und nicht lediglich aufgrund eines Gesundheitsschadens ergibt, nicht gerecht wird. In Anbetracht der Entscheidung *Gröninger ./.* Deutschland des BRK (N 944) ist davon auszugehen, dass diese fehlende Gesamtsicht und der Umstand, dass dem Individuum grosse Verantwortung dafür aufgebürdet wird, mittels zumutbarer (Selbst-)Eingliederung die nachteiligen Folgen seines Gesundheitsschadens zu «überwinden» und verbleibende Arbeitsfähigkeit unter Inkaufnahme von sozialem Abstieg zu verwerten, diversen Eingliederungsmassnahmen des IVG der BRK nicht gerecht werden.
- 1241 Die Impulse, welche die BRK für den Bereich der Eingliederungsmassnahmen setzen könnte, sind bisher nur marginal wahrgenommen und umgesetzt worden: Die Botschaft des Bundesrats zur jüngsten IV-Revision (Weiterentwicklung der IV) erwähnt zwar die BRK, aber ein Paradigmenwechsel hin zu einem anderen Verständnis von Behinderung ist darin nicht zu erkennen.²⁷⁷⁸ Vielmehr wird mit der Vorlage die Weiterentwicklung von einer Renten- zu einer Eingliederungsversicherung verfolgt. Der Eingliederungsgedanke soll weiter gestärkt werden,²⁷⁷⁹ womit grundsätzlich anzunehmen ist, dass dekommodifizierende Elemente eher

²⁷⁷⁷ IMHOF, N 65.

²⁷⁷⁸ Botschaft Weiterentwicklung IV, BBl 2017 2723.

²⁷⁷⁹ Vgl. Botschaft Weiterentwicklung IV, BBl 2017 2535; siehe auch die Voten im Nationalrat AB 2019 N 88 (Lohr), 91 (Schenker), 92 (Humbel), 93 (Graf).

abgebaut und rekommodifizierende eher gestärkt werden und so die Aktivierungspolitik weitergeführt wird. Derweil konnten die Ziele der 6. IV-Revision betreffend die Wiedereingliederung von Rentenbezüger_innen nicht erreicht werden – der Rentenbestand sei dennoch rascher gesunken als erwartet.²⁷⁸⁰ Das lässt darauf schliessen, dass (viele) Personen ihre Rente verloren haben, aber nicht eingegliedert werden konnten – was eine Verlagerung von der Invalidenversicherung zur Sozialhilfe zur Folge hat.²⁷⁸¹

Ein weiteres Defizit, das identifiziert werden kann, sind die nur zögerliche Berücksichtigung grundrechtlich geschützter Positionen und der Umstand, dass strukturelle Probleme des Arbeitsmarkts und dessen fehlende Inklusivität für Personen mit gesundheitlichen Einschränkungen oder religiösen Überzeugungen dem Individuum angelastet werden, indem entweder die gesundheitlichen Einschränkungen als zumutbarerweise überwindbar beurteilt werden oder die Ausübung der Religion als zumutbarerweise einschränkbar. Es scheint fraglich, ob dadurch den doch weitreichenden positiven Verpflichtungen der BRK, welche grosse Anstrengungen der Mitgliedstaaten verlangen, um einen inklusiven und diskriminierungsfreien Arbeitsmarkt zu erreichen, Rechnung getragen wird und ob aus dieser Sicht im IVG Verpflichtungen der Arbeitgeber_innen aufgenommen werden müssten.²⁷⁸² 1242

VI. Zwischenfazit – Übertragbarkeit?

Art. 7a IVG ist eine äusserst umstrittene Norm. Die Entstehungsgeschichte zeigt, dass potentiell leistungsberechtigten Personen viel *Misstrauen* entgegengebracht wird. So werden Zumutbarkeitskriterien nicht als ein Hilfsmittel bei einer Abwägung von öffentlichen und privaten Interessen und als Teil rechtsstaatlicher Prinzipien gesehen, sondern als Einfallstor für Missbrauch seitens der versicherten Personen. Insbesondere anhand der Diskussion zum Kriterium der persönlichen Verhältnisse wird dies klar: Während in der Arbeitslosenversicherung dieses Kri- 1243

²⁷⁸⁰ Botschaft Weiterentwicklung IV, BBl 2017 2537.

²⁷⁸¹ Siehe dazu N 83.

²⁷⁸² Einzig Art. 7c IVG hält fest: «Der Arbeitgeber arbeitet aktiv mit der IV-Stelle zusammen. Er wirkt bei der Herbeiführung einer angemessenen Lösung im Rahmen des Zumutbaren mit.» Weiterreichende, allenfalls gar sanktionsbehaftete Pflichten wurden im Parlament abgelehnt, insbesondere auch eine Quotenregelung; vgl. Debatte zu den schliesslich abgelehnten Art. 18c und 71a IVG: AB 2006 N 360 ff.

terium als «*quelque chose de bien défini*» akzeptiert wurde, wurde es in der Invalidenversicherung als schwammig und zu vage bezeichnet.

- 1244 So ist denn auch das Resultat dieses Gesetzgebungsprozesses *nicht mit dem übergeordneten Recht vereinbar*, selbst wenn – wie hier argumentiert – eine Auslegung gewählt wird, bei der i.S. der Eingliederungswirksamkeit auch weitere Aspekte einer Verhältnismässigkeitsprüfung einbezogen werden. Entsprechend eignet sich Art. 7a IVG resp. das System der Eingliederungsmassnahmen nach IVG *nicht zur Übertragung auf sozialhilferechtliche Beschäftigungsverhältnisse* für gesundheitlich beeinträchtigte Sozialhilfeempfänger_innen.
- 1245 Zusätzlich steht der *subsidiäre Charakter der Sozialhilfe* einer Übertragung entgegen. Wie dargestellt machen subjektive Gründe, die einer Eingliederung entgegenstehen, die Teilnahme an Eingliederungsmassnahmen nicht unzumutbar. Würde dies in der Sozialhilfe ebenso gehandhabt, wäre dies problematisch, da die subsidiäre Sicherungsfunktion bedingt, dass nicht dieselben Anspruchs- und Sanktionsvoraussetzungen wie im vorgelagerten System gelten.²⁷⁸³ Zum anderen weisen die Leistungen der Sozialhilfe einen noch *engeren Bezug zur Existenzsicherung* auf und haben mitunter die Funktion, die Grundrechtsausübung zu garantieren. Wird die Sozialhilfe gekürzt, bleibt noch der Anspruch auf die nicht einschränkbare Nothilfe bestehen (sofern richtigerweise davon ausgegangen wird, dass die Teilnahme an einem Programm keine Anspruchsvoraussetzung für diese Leistungen sein soll). Jedenfalls nähern sich die Leistungen dem, was unabdingbar ist, um vor einer unwürdigen Bettelexistenz zu bewahren, und was auch zu den *minimal core obligations* aus den WSK-Rechten zählt. Werden hier keine subjektiven Gründe, Neigungen, Fähigkeiten und Stärken berücksichtigt, gleicht dies einer Verneinung der Individualität des Einzelnen.
- 1246 Aus demselben Grund muss festgehalten werden, dass es *verkürzt ist, eine Person, die aus IV-rechtlicher Sicht arbeitsfähig, erwerbsfähig und somit «gesund» beurteilt wird, auch in der Sozialhilfe als «gesund» und in der Lage, an einem Beschäftigungsprogramm teilzunehmen, zu beurteilen*. Insbesondere ist zu betonen, dass mit einer IV-rechtlichen Beurteilung, dass jemand keinen Anspruch auf Leistungen der IV hat, nicht einhergeht, dass diese Person aktuell eine Möglichkeit hat, für sich selber zu sorgen, auf die sie selbstverschuldet verzichtet.²⁷⁸⁴ Es hat in der Sozialhilfe eine separate und differenzierte Beurteilung der Gesamtsituation der Sozialhilfeempfänger_innen zu erfolgen. Die IV-rechtliche Beurteilung

²⁷⁸³ Mit analogem Argument in Bezug auf die ALV: STUDER, S. 342.

²⁷⁸⁴ Siehe dazu bereits N 169 zu Art. 36 SHG/BE.

kann dabei zwar Hinweise auf die gesundheitliche Situation geben, aber es darf aus einer verneinten IV-Anspruchsberechtigung nicht darauf geschlossen werden, es bestehe keine (gesundheitliche) Unzumutbarkeit der Teilnahme an einem Beschäftigungsprogramm. Ebenso problematisch scheint es aber, aus einer Arbeitsunfähigkeit zu folgern, dass eine Teilnahme an einem Programm möglich sei, da diese gerade nicht im ersten Arbeitsmarkt stattfinde (N 405).

Zumindest kann positiv erwähnt werden, dass Anspruch auf gewisse Eingliederungsmassnahmen besteht, was der Verwirklichung des Rechts auf Arbeit zuträglich sein kann und die Subjektstellung der Einzelnen anerkennt. Sie sind so nicht nur passive – zu aktivierende – Objekte. Die *Betonung der Eingliederungswirksamkeit* ist an sich zu begrüßen und ein Aspekt, der auch in der sozialhilferechtlichen Beurteilung der Zumutbarkeit einer Arbeit i.S. der Verhältnismässigkeit verstärkt zu berücksichtigen ist. Jedoch sollte dieses Kriterium nicht unterschiedlich angewandt werden, wenn eine Massnahme angeordnet wird oder wenn eine versicherte Person fordert, an einer Massnahme teilnehmen zu können. 1247

Schliesslich ist grundsätzlich zu klären, ob die Sozialhilfe – als teils kantonal, teils kommunal organisiertes und finanziertes, letztes Auffangnetz – die richtige Institution ist, um die berufliche Reintegration von Menschen mit gesundheitlichen Problemen, die keinen Anspruch auf IV-Leistungen haben, sicherzustellen. Wie bereits erwähnt, scheint dies zweifelhaft.²⁷⁸⁵ Insgesamt könnte ein vertiefter Blick auf die *Zusammenhänge zwischen dem IVG, BehiG und IFEG* und deren Vereinbarkeit mit der BRK weitere Anhaltspunkte bieten, wie das System menschenrechtskonform auszugestalten wäre.²⁷⁸⁶ 1248

²⁷⁸⁵ Siehe dazu auch: N 952.

²⁷⁸⁶ Einige Anhaltspunkte dazu: PREVITALI, S. 669; PÄRLI/HUG/PETRIK, N 734, die im Zusammenhang mit den Frühinterventionsmassnahmen, auf die kein Anspruch besteht, jedoch eine Pflicht zur Teilnahme ohne Taggeldanspruch, einen Konflikt mit dem Verbot der Zwangsarbeit nach dem ILO-Übereinkommen Nr. 29 ausmachen.

Fazit Teil III und Ausblick

- 1249 Die Untersuchung in Teil III hat *drei Haupteckkenntnisse* gebracht: *Erstens* sind die *Sozialhilfeempfänger_innen* besonders im Vergleich mit den Versicherten in der ALV *schlecht vor den Zumutungen des Arbeitens* und einem allfälligen Machtmissbrauch der stärkeren Partei geschützt. Wichtige Schutzmechanismen fehlen in der Sozialhilfe, sind aber in der ALV vorhanden. Dies betrifft etwa den Verlust der Anspruchsberechtigung, der in der ALV lediglich als *ultima ratio* möglich ist und weitreichende Leistungskürzungen, die nur in einem besonderen Verfahren möglich sind.
- 1250 Dies führt *zweitens* dazu, dass gewisse Punkte aus der ALV- und der IV-Praxis für die Formulierung der anschliessenden Handlungsempfehlungen positiv zurückbehalten werden können. Dies trifft v.a. auf die (*ursprünglichen*) *Schutzideen*, die mit der Umschreibung der zumutbaren Arbeit verbunden sind, zu. Diese sind in Erinnerung zu rufen und auf die Sozialhilfe zu übertragen, wobei insbesondere die Kriterien aus dem ILO-Übereinkommen Nr. 168 zu berücksichtigen sind. Trotz der stetig verfolgten Verschärfung sind nach wie vor *objektive und subjektive Kriterien* ausschlaggebend, um die Zumutbarkeit einer Arbeit zu beurteilen. Das gilt auch für die arbeitsmarktlichen Massnahmen, wo bereits anhand objektiver (aktueller Bedarf des Arbeitsmarkts) und subjektiver (Anpassungsbedarf der versicherten Person) Elemente entschieden wird, ob eine Massnahme angezeigt ist. Dies wird einer Verhältnismässigkeitsprüfung eher gerecht als die vagen und konturenlosen Normen und die vage und konturenlose Praxis in der Sozialhilfe, die den Behörden einen überaus grossen Ermessensspielraum zugestehen.
- 1251 Besonders hervorzuheben ist, was hier als «*zielorientierte*» *Zumutbarkeit* bezeichnet wird: Der Erfolgswirksamkeit von Beschäftigungs- und Eingliederungsmassnahmen wird sowohl in der ALV als auch in der IV grösseres Gewicht beigemessen als in der Sozialhilfe. Diese zielorientierte Zumutbarkeitsbeurteilung ist auch im Sozialhilferecht notwendig, um die Eignung der Massnahme zu prüfen. Dadurch könnte die menschenrechtliche Forderung, dass ein Beschäftigungsprogramm der Reintegration zu dienen hat, gesichert werden. Dies bedingt, dass subjektive Aspekte wie z.B. die Fähigkeiten und die Qualifikation, wie in den SECO-Wegleitungen festgehalten, berücksichtigt werden. Dadurch kann ein verhältnismässiges staatliches Handeln garantiert werden.

Die *dritte zentrale Erkenntnis* ist, dass die Normen der ALV und der IV zur Beurteilung der Zumutbarkeit einer Arbeit trotzdem Mängel aufweisen, die dazu führen, dass eine *direkte Übertragung der Normen auf sozialhilferechtliche Beschäftigungsverhältnisse nicht angezeigt* ist. In der von Missbrauchsbekämpfung und Aktivierungstendenzen getriebenen Gesetzgebung wurde teilweise aus den Augen verloren, dass die Zumutbarkeit die Zweck-Mittel-Relation einer staatlich angeordneten Massnahme näher umschreiben soll und die Verhältnismässigkeit des staatlichen Handelns sicherstellen soll. Es handelt sich dabei nicht um eine Schutznorm für die «Faulen», sondern um eine Sicherung der Individualität der Versicherten. Sie werden dadurch nicht zum Objekt staatlicher Handlungen degradiert. 1252

Insgesamt kann diesbezüglich mit BORGHI/PREVITALI festgehalten werden, dass aus ideologischen Gründen die *soziale und solidarische Dimension der Menschenrechte vernachlässigt* wurde, was auch ihre Antriebskraft für die Entwicklung der Sozialversicherungen eingeschränkt hat.²⁷⁸⁷ Dies führt dann auch dazu, dass sowohl in der ALV als auch in der IV die eingeschränkten Zumutbarkeitskriterien für Integrationsmassnahmen die in Teil II erarbeiteten Kriterien zur Beurteilung der Zumutbarkeit einer Arbeit im Kontext des aktivierenden Sozialstaats nicht berücksichtigen. Bei Art. 7a IVG ist dies offensichtlich und selbst bei besonderem Wohlwollen kann wohl keine völkerrechtskonforme – insbesondere keine BRK-konforme – Auslegung herbeigeführt werden. In der ALV ergibt sich eine Diskrepanz zwischen Art. 16 Abs. 2 AVIG und dem ILO-Übereinkommen Nr. 168 einerseits und den eingeschränkten Zumutbarkeitskriterien in Art. 64a Abs. 2–4 AVIG andererseits. 1253

Des Weiteren spricht auch die unterschiedliche Funktion der Sozialhilfe und der Sozialversicherungen im System der sozialen Sicherheit gegen eine analoge Anwendung der sozialversicherungsrechtlichen Gesetzgebung auf die hier untersuchte Problematik. Entgegen jener Autorin, die basierend auf diesen Überlegungen folgert, in der Sozialhilfe seien strengere Zumutbarkeitskriterien anzuwenden,²⁷⁸⁸ wird hier gerade auf das Gegenteil geschlossen: *In der Sozial- und Nothilfe ist mehr Rücksicht auf subjektive Faktoren zu nehmen*. Dies begründet sich durch die besondere menschenrechtliche Untermauerung der Sozialhilfe (inkl. Nothilfe) und die «Mindestsolidarität», die diese Leistungen garantieren sollen und als Bedingung für die Förderung der gemeinsamen Wohlfahrt und die Gewährung der Chancengleichheit notwendig sind (siehe N 596). 1254

²⁷⁸⁷ BORGHI/PREVITALI, S. 64.

²⁷⁸⁸ RIEMER-KAFKA, Hilfe in Notlagen, S. 149 f.

- 1255 Die Sozial- und die Nothilfe können ihre *subsidiäre Sicherungsfunktion* nur wahrnehmen, wenn nicht dieselben Anspruchsvoraussetzungen wie in den vorangehenden Sozialversicherungssystemen gelten. In Kapitel 3 (N 286) wurde erläutert, dass die aktuelle Auslegung des Subsidiaritätsprinzips zur Einführung zusätzlicher Anspruchsvoraussetzungen, wie etwa der Arbeits(un-)fähigkeit oder -bereitschaft, führen kann. Gerade dadurch wird der Blick von den effektiven Verhältnissen darauf gelenkt, was bei theoretisch ausgeschöpften Möglichkeiten zur (zumutbaren) Selbsthilfe möglich wäre. Die Bereitschaft und der Wille, eine Arbeit anzunehmen, bilden zwar Teil der Vermittlungsfähigkeit in der Arbeitslosenversicherung und somit eine Anspruchsvoraussetzung. Die IV erbringt nur Leistungen, wenn aus gesundheitlichen Gründen keine zumutbare Arbeit mehr erbracht werden kann. Es ist sicherzustellen, dass diese Leistungsvoraussetzungen nicht auf die Sozial- und Nothilfe übertragen werden. Ansonsten kommt es zu einer Vermischung zwischen den kausalen und den finalen Leistungssystemen, was abzulehnen ist. Vielmehr gilt es, daran zu erinnern, dass weder Arbeitswille noch Arbeitsmotivation noch die Arbeits(un)fähigkeit o.Ä. Voraussetzungen für den Anspruch auf Nothilfe (und Sozialhilfe) sind.²⁷⁸⁹ Basierend auf diesen Überlegungen können nun abschliessende Handlungsempfehlungen formuliert werden.

²⁷⁸⁹ So auch bereits: BIGLER-EGGENBERGER, N 28 zu Art. 12 BV; ähnlich auch andernorts argumentiert: STUDER, S. 342.

Teil IV:
Handlungsempfehlungen und
Zusammenfassung

Kapitel 16 Handlungsempfehlungen

I. Gesetzgeberinnen

Zwischen der aktuellen Praxis und den verfassungs- und völkerrechtlichen Vorgaben bestehen insbesondere in Bezug auf das Subsidiaritätsprinzip und die Zumutbarkeit erhebliche Diskrepanzen. Daraus ergibt sich in erster Linie gesetzgeberischer Handlungsbedarf. 1256

Aus dem UN-Pakt I geht klar hervor, dass Anspruchsvoraussetzungen für Sozial(hilfe)leistungen in der Gesetzgebung transparent ausgestaltet sein müssen. Dies ist durch die heutige Auslegung des Subsidiaritätsprinzips, welches als Anspruchsvoraussetzung für die Sozial- und Nothilfe gilt, nicht gegeben. Wie sich zudem aus der Analyse ergeben hat, ist die Konzeption, dass bei einer verweiger- 1257
ten Teilnahme an einem (entlöhnten) Beschäftigungsprogramm der Anspruch auf Sozial- und Nothilfe dahinfällt, nicht mit dem übergeordneten Recht vereinbar. Eine Mindestsicherung ist stets zu gewähren.

Ob diese Mindestsicherung unter dem Titel «Sozialhilfe» oder «Nothilfe» gewährt wird, ist m.E. nicht entscheidend und insofern ist auch nicht zwingend eine schärfere Trennung zwischen der Sozial- und der Nothilfe zu fordern (vgl. N 285). Vielmehr ist Klarheit darüber zu schaffen, dass Bedürftige grundsätzlich Anspruch haben auf die Mittel, die zur Existenzsicherung und zur sozialen Teilhabe notwendig sind. Dieser Anspruch ist grundsätzlich durch die kantonal zuständigen Behörden zur Unterstützung der Bedürftigen i.S.v. Art. 115 BV zu erfüllen. Der komplette Verlust dieser Mittel kann – solange eine Person bedürftig ist – nicht zur Debatte stehen und mindestens was zur menschenwürdigen Existenz notwendig ist, ist zu gewähren. Mit anderen Worten können die kantonalen Gesetzgeberinnen den Respekt des grundrechtlichen Kerngehalts von Art. 12 BV dadurch sicherstellen, dass lediglich (zeitlich und in der Höhe limitierte) Kürzungen des GBL ermöglicht werden und die Einstellung der Sozialhilfe nicht mehr vorgesehen wird, was die Abgrenzung zwischen Art. 12 BV und der kantonalen Sozialhilfe teilweise erübrigt.

Dementsprechend ist eine Präzisierung der gesetzlichen Grundlagen vorzunehmen, die eine klarere Umschreibung der Anspruchsberechtigung und der Pflichten der Sozialhilfeempfänger_innen beinhaltet. Dabei ist klarzustellen, dass sich die Anspruchsberechtigung aufgrund der Bedürftigkeit ergibt und die Subsidiarität 1258

und die Bedürftigkeit austauschbare resp. deckungsgleiche Anspruchsvoraussetzungen sind. Ebenfalls ist zu klären, dass sich aus dem Subsidiaritätsprinzip zwar Minderungspflichten ergeben (Pflichtenebene des Subsidiaritätsprinzips), eine Verletzung dieser Pflichten aber den Anspruch nicht entfallen lässt. Insbesondere Pflichten zur Annahme von Arbeit und zur Teilnahme an einem Beschäftigungsprogramm und das Erbringen von Leistungen beruflicher und sozialer Integration sind der Pflichtenebene zuzuschreiben und lassen weder den Anspruch auf Sozial- noch denjenigen auf Nothilfe gem. Art. 12 BV entfallen.

- 1259 Diese Präzisierung hilft zudem, die Idee von Leistung und Gegenleistung besser einzuordnen und zu klären, dass auch Gegenleistungspflichten nicht als Anspruchsvoraussetzung für die Sozial- oder Nothilfeleistungen gelten können. Es ist nicht mit dem übergeordneten Recht vereinbar, aus dieser gesetzlich kaum verankerten und präzisierten Idee mehr abzuleiten, als was sich aus der Pflichtenebene des Subsidiaritätsprinzips ergibt. Das heisst auch, eine Kürzung von Leistungen wegen nicht erfüllter «Gegenleistungspflichten» hat regelmässig auszubleiben, da es sich dabei um eine sachfremde Auflage handelt, die nicht zum Ziel hat, die Bedürftigkeit zu mindern, indem zumindest mittelbar zur beruflichen Integration beigetragen wird. Entsprechend sind Gesetze, die festhalten, dass für die Sozialhilfe eine Gegenleistung verlangt werden könne, oder Programme vorsehen, die nützlich sein sollen für die Gesellschaft, aber nicht zur Reintegration beitragen sollen, zu ändern. An sich kann auf die Gegenleistungsrhetorik im Gesetz ganz verzichtet werden, da sich daraus nichts ergibt, was sich nicht aus der Auslegung des Subsidiaritätsprinzips ableiten lässt. Entweder die Erfüllung einer arbeitsspezifischen Pflicht trägt zur Minderung der Bedürftigkeit bei und erhöht die Integrationschancen oder nicht. Ist dies nicht der Fall, so hat eine Verletzung dieser sachfremden Pflicht ohne Folgen zu bleiben.
- 1260 Zweifelsohne klarer in den gesetzlichen Grundlagen zu umschreiben ist der Begriff der zumutbaren Arbeit in sozialhilferechtlichen Beschäftigungsverhältnissen.²⁷⁹⁰ Aus rechtsstaatlichen Gründen ist festzuhalten, welche Kriterien zu berücksichtigen sind.²⁷⁹¹ Den Sozialhilfeempfänger_innen wird so notwendige Rechtssicherheit gewährt und der Ermessensspielraum der Rechtsanwender_innen eingeschränkt.
- 1261 Es drängt sich diesbezüglich eine doch relativ umfangreiche Gesetzgebung auf, damit der Beurteilungsspielraum der Rechtsanwender_innen kanalisiert wird und

²⁷⁹⁰ Ebenfalls für klarere gesetzliche Regelung: WIZENT, Sozialhilferecht, N 759.

²⁷⁹¹ LANDOLT, S. 116.

den völker- und verfassungsrechtlichen Anforderungen Genüge getan werden kann. Es wird folgende Formulierung vorgeschlagen:

Allgemeines

- (1) Zur Erreichung des Ziels der beruflichen Integration können (nebst anderen Integrationsmassnahmen) Beschäftigungsprogramme angeboten werden. Andere Ziele, insbesondere die Missbrauchsbekämpfung, sind nicht mit Beschäftigungsprogrammen zu verfolgen.²⁷⁹²
- (2) Die Teilnahme an einem Beschäftigungsprogramm ist grundsätzlich freiwillig.²⁷⁹³
- (3) Eine Verpflichtung, an einem Beschäftigungsprogramm teilzunehmen, kann ausnahmsweise erfolgen, wenn trotz der fehlenden Freiwilligkeit davon ausgegangen werden kann, dass das Integrationsziel dennoch erreicht werden kann.²⁷⁹⁴ Der Sozialhilfeempfänger_in ist vorgängig die Möglichkeit einzuräumen, sich zu äussern.²⁷⁹⁵
- (4) Die unfreiwillige Teilnahme an einem Beschäftigungsprogramm ist auf max. sechs Monate zu befristen.²⁷⁹⁶ Eine Sanktion wegen der Nichtteilnahme an einem Beschäftigungsprogramm hat verhältnismässig zu sein. Sie beträgt grundsätzlich nicht mehr als eine Kürzung des GBL um 15 % und darf nicht länger als drei Monate andauern. Soll eine längere oder höhere Sanktion verhängt werden, ist die Entscheidung der für Beschwerden gegen Verfügungen des Sozialdienstes in erster Instanz zuständigen Stelle vorzulegen.²⁷⁹⁷ Eine Anrechnung der hypothetisch im Programm erhaltenen Entschädigung ist in jedem Fall ausgeschlossen.²⁷⁹⁸

²⁷⁹² Keine Disziplinierung und sachgerechte Begründung, siehe: N 363, N 778.

²⁷⁹³ Siehe N 1057.

²⁷⁹⁴ Eignung der Massnahme sicherstellen, siehe: N 1052 m.w.H. zu den Reintegrationschancen; siehe auch analoge Regelung in Art. 16 OASoc/JU; sowie die neue Strategie der Stadt Zürich: N 721.

²⁷⁹⁵ Rechtliches Gehör, siehe: N 1054 m.w.H.

²⁷⁹⁶ Sicherung des Rechts auf frei gewählte Arbeit: N 815; Analogie zur ALV: N 1147.

²⁷⁹⁷ Zusätzliche Schranken für Sanktionen, die einen starken Eingriff in die menschliche Existenz bewirken: N 660; ebenfalls in Analogie zur ALV: N 1183.

²⁷⁹⁸ Verhinderung unverhältnismässiger Sanktionierung und willkürlicher Ausgestaltung der Arbeitsbedingungen: N 292 ff.; Asymmetrie im Unterstützungsverhältnis abbauen: N 443 und N 660; sicherstellen, dass eine Mindestsicherung stets gewährt ist: N 1052 m.w.H.

Zumutbarkeit

- (1) Die Arbeit in einem Beschäftigungsprogramm hat zumutbar zu sein.
- (2) Von einer zumutbaren Arbeit ist auszugehen, wenn:²⁷⁹⁹
 - a. die Arbeit nicht sittenwidrig ist;
 - b. der versicherte Lohn leistungsgerecht ist; ausser die Teilnahme erfolgt freiwillig und die Sozialhilfeempfänger_in verzichtet ausdrücklich auf einen leistungsgerechten Lohn;
 - c. der versicherte Lohn ausreicht, um den Lebensunterhalt zu verdienen; ausgenommen sind:
 - i. Programme, die eine ausgewiesene massgebliche qualifizierende Komponente aufweisen;
 - ii. Arbeitseinsätze von Personen mit nachgewiesenen Leistungseinschränkungen;
 - iii. freiwillige Programtteilnahmen bei ausdrücklichem Verzicht auf einen angemessenen Lohn.
 - d. die Bestimmungen des ArG oder gleichwertige Bestimmungen zur Arbeitszeit, zum Gesundheitsschutz und zur Arbeitssicherheit anwendbar sind;
 - e. die Möglichkeit besteht, den Arbeitseinsatz ohne die Androhung von sozialhilferechtlichen, strafrechtlichen oder ausländerrechtlichen Sanktionen zu beenden;
 - f. die Persönlichkeitsrechte, insbesondere das Recht auf Privatsphäre, gewahrt werden;
 - g. die Arbeit den persönlichen Verhältnissen, dem Alter, der Gesundheit, der Familiensituation angepasst ist und mit der Ausübung der Grundrechte, insbesondere der Glaubens- und Gewissensfreiheit, vereinbar ist;
 - h. die Arbeit an vorhandene Stärken, Fähigkeiten und Qualifikationen anknüpft und Interessen und Wünsche berücksichtigt;
 - i. einen Arbeitsweg von weniger als zwei Stunden je für den Hin- und Rückweg notwendig macht.²⁸⁰⁰

²⁷⁹⁹ Siehe zur Begründung der nachfolgenden Kriterien: N 1052 f., sofern nichts anderes angegeben ist.

²⁸⁰⁰ Entsprechend AVIG, aber weniger als zwei Stunden hat die Regel zu sein, N 1171.

- (3) Erfolgt ein Einsatz an einem Programmplatz im ersten Arbeitsmarkt, ist zusätzlich sicherzustellen, dass:
- a. die Arbeitsbedingungen orts- und branchenüblich sind respektive einem anwendbaren GAV oder NAV entsprechen, und
 - b. der Einsatz nicht an einer Stelle erfolgt, die aufgrund einer kollektiven Arbeitsstreitigkeit frei geworden ist.²⁸⁰¹

Kontrolle und Evaluation

- (1) Eine Kommission, der Vertreter_innen der kantonalen und kommunalen²⁸⁰² Sozialhilfebehörden, der Sozialpartner_innen und der Sozialhilfeempfänger_innen angehören, überwacht die Einhaltung dieser Bedingungen und stellt sicher, dass die Programme den ersten Arbeitsmarkt nicht konkurrenzieren.²⁸⁰³
- (2) Die Wirksamkeit der Programme wird regelmässig wissenschaftlich evaluiert und unter Einbezug der Sozialpartner_innen und Sozialhilfeempfänger_innen weiterentwickelt.²⁸⁰⁴

Mit dieser Regelung würden die Vorgaben des ILO-Übereinkommens Nr. 168 und der ILO-Empfehlung Nr. 176 umgesetzt; denn wie gesehen, scheint die Definition der Zumutbarkeit in diesem Übereinkommen auch auf Langzeitarbeitslose, die keinen Anspruch mehr auf Leistungen der ALV haben, anwendbar zu sein.²⁸⁰⁵ Zudem wird sichergestellt, dass weder das Recht auf Existenzsicherung noch die Freiheitsrechte ausgehöhlt werden, und durch die Evaluation und Kontrolle der Programme kann allenfalls auch ein genereller Beitrag zur Verhältnismässigkeit des Staatshandelns geleistet werden, indem nur wirksame Programme unterstützt werden.

Aufgrund der aktuellen Kompetenzordnung werden hier die kantonalen Gesetzgeber_innen angesprochen. Ein Bundesrahmengesetz für die Sozialhilfe wäre begrüssenswert.²⁸⁰⁶ In einem solchen wäre m.E. unerlässlich, die Anspruchsberechtigung, wie hier aufgezeigt, zu umschreiben und die Selbstverantwortung mittels einer Umschreibung der Zumutbarkeit von Beschäftigungsprogrammen zu

²⁸⁰¹ Verhinderung der Aushöhlung des kollektiven Arbeitsrechts und des Lohndumpings, siehe: N 1169.

²⁸⁰² Je nach kantonomer Organisation der Sozialhilfe.

²⁸⁰³ Analogie zum AVIG: N 1149.

²⁸⁰⁴ Sicherung eines kollektiven Mitspracherechts, vgl. N 816; Evaluationen gem. AVIG: N 1150.

²⁸⁰⁵ Siehe N 1065, N 656.

²⁸⁰⁶ So auch: WIZENT, S. 158; siehe dazu auch Hinweise in Fn. 304.

begrenzen. Dadurch wird auch geklärt, dass aus dem Subsidiaritätsprinzip keine über die Koordination hinausgehenden Anspruchsvoraussetzungen fliessen und die Existenzsicherung immer gewährt bleiben muss. Dies sind Grundsatzfragen, die dem Recht auf Sozialhilfe die notwendige Transparenz verleihen und die Gefahren rechtsungleicher bis hin zu willkürlicher Behandlung eindämmen würden und so die Rechtssicherheit und die Rechtsstaatlichkeit insgesamt stützen würden.²⁸⁰⁷

II. SKOS

1264 Trotz der teilweise bestehenden Unsicherheiten in Bezug auf die Verbindlichkeit der SKOS-RL, der Möglichkeit der Kantone, davon – generell oder im Einzelfall – abzuweichen, und der Tatsache, dass diese nicht wie Rechtsnormen formuliert sind,²⁸⁰⁸ leisten sie einen wichtigen Beitrag zur Vereinheitlichung der Praxis. Wie dargelegt wurde, betrifft die hier behandelte Thematik grundlegende Aspekte des Rechts auf Sozialhilfe und daher ist eine Anpassung der SKOS-RL wünschenswert. Dabei sollten, wie in den kantonalen Gesetzen, folgende Punkte präzisiert werden:

- Die Teilnahme an einem Beschäftigungsprogramm – auch an einem «entlöhnen» – ist keine Anspruchsvoraussetzung für die Sozialhilfe und somit sind die Anspruchs- und die Pflichtenebene des Subsidiaritätsprinzips genauer zu umschreiben.
- Dabei ist zu klären, dass sich aus der Idee von Leistung und Gegenleistung keine über die Pflichtenebene des Subsidiaritätsprinzips hinausgehenden Pflichten für die Sozialhilfeempfänger_innen ergeben. Leistungen mit Anreizcha-

²⁸⁰⁷ Vgl. auch: WIZENT, S. 157.

²⁸⁰⁸ Per 01.01.2021 sind die neuen SKOS-RL in Kraft getreten; inhaltliche Anpassungen standen bei der Richtlinien-Revision nicht im Vordergrund, jedoch wurde das Ziel verfolgt, die RL klarer zu strukturieren und zu unterscheiden zwischen Richtlinien, Erläuterungen und Praxishilfen, was auch dazu führen kann, dass den RL eher Normcharakter zukommt. Die neuen, noch nicht in Kraft getretenen RL wurden für die vorliegende Untersuchung nicht mehr detailliert analysiert; sie wurden von der SODK am 05.06.2020 genehmigt, vgl. www.sodk.ch (Dokumentation / Medienmitteilungen / Medienmitteilung vom 5. Juni 2020), besucht am 30.04.2021.

rakter für die Teilnahme an Beschäftigungsprogrammen (IZU) werden zudem weitgehend obsolet, da die Einsätze mit angemessenen und leistungsgerechten Löhnen zu entschädigen sind.

- Die Zumutbarkeit einer Arbeit in einem Beschäftigungsprogramm ist umfassend zu beurteilen.²⁸⁰⁹

Die Schweizerische Konferenz für öffentliche Fürsorge (SKöF) – die Vorgängerin der SKOS – hat 1994, bevor der Aktivierungs- und Gegenleistungsdiskurs die Sozialhilfe voll erfasste, Richtlinien zu Integrationsprogrammen für erwerbslose Sozialhilfeempfänger_innen erlassen. In diesen wurden u.a. folgende Grundsätze betreffend das Arbeiten in Integrationsprogrammen aufgestellt: 1265

- Die Beschäftigung soll nicht nach dem Zufallsprinzip vergeben werden,
- den Erfahrungen und Fähigkeiten soll Rechnung getragen werden,
- die Teilnahme ist mit einem Arbeitsvertrag zu regeln,
- die Gegenleistung soll in einem versicherten Stunden-, Tages- oder Monatslohn bestehen.

Bei der Festlegung des Lohnes sei nicht der individuelle Mittelbedarf, sondern Art und Umfang der erbrachten Leistungen massgebend und der Lohn wurde auf CHF 15 bis CHF 31/Stunde festgelegt.²⁸¹⁰ Zur selben Zeit sahen die SKöF-Empfehlungen vor, dass eine Einstellung von Unterstützungsleistungen grundsätzlich unzulässig sei, ausser beim Fehlen notwendiger Angaben zur Bedarfsbemessung, wenn dies zu erheblichen Zweifeln an der Bedürftigkeit führe.²⁸¹¹ Diese Grundsätze werden wichtigen oben erarbeiteten Voraussetzungen gerecht und können der SKOS als Vorbild für die neu zu erlassenden Richtlinien dienen.

III. Sozialämter und Sozialdienste

Die Sozialämter und Sozialdienste sind als staatliche Akteur_innen Adressat_innen der menschenrechtlichen Verpflichtungen und haben dafür zu sorgen, dass in den von ihnen angebotenen Beschäftigungsprogrammen grundlegende Arbeitsrechte und die Grundfreiheiten der dort eingesetzten Sozialhilfeempfänger_innen 1266

²⁸⁰⁹ Anhand der in N 1052 f. und N 1259 zusammengefassten Kriterien resp. Regelung.

²⁸¹⁰ Veröffentlicht bei: HÄNZI, S. 514 ff. (Anhang 19).

²⁸¹¹ Veröffentlicht bei: HÄNZI, S. 518 f. (Anhang 20); siehe dazu auch: STUDER ET AL., N 240 ff.

gewahrt bleiben. Die Sozialämter resp. Sozialdienste haben entsprechende Programme zu konzipieren, anzubieten und durchzuführen, die als Schritt zur Verwirklichung der positiven Pflichten gesehen werden können und einen Beitrag zur Verwirklichung der Möglichkeit, zu menschenwürdigen Bedingungen zu arbeiten, leisten.

- 1267 Ein dazu notwendiger Schritt ist, bei der Auswahl der Programmanbieter_innen sicherzustellen, dass sie die Persönlichkeitsrechte der Programtteilnehmer_innen wahren und die Vorschriften betreffend Gesundheitsschutz und Arbeitssicherheit einhalten. Diese Pflichten der Programmanbieter_innen wären in entsprechenden Leistungsvereinbarungen festzuhalten. Idealerweise wird auch diesbezüglich die Gesetzgebung tätig, indem eine Art. 5 IFEG entsprechende Norm für die Anerkennung von Programmanbieter_innen erlassen wird.
- 1268 Weiter wurde deutlich, dass das Ziel der Reintegration in eine produktive und frei gewählte Beschäftigung mit einem Einsatz in einem Beschäftigungsprogramm verfolgt werden muss. Fehlt diese Ausrichtung, ist der Eingriff in die Autonomie kaum zu rechtfertigen. Daher sind v.a. Programme anzubieten, die Sozialhilfeempfänger_innen qualifizieren und ihre (formelle) Arbeitsmarktfähigkeit erhöhen. Insofern sind die Bestrebungen der SKOS i.S. der 2018 lancierten «Weiterbildungsoffensive» zu begrüßen. Diese Offensive sollte entsprechend auch in den Kantonen und Gemeinden umgesetzt werden (siehe N 909 f.).
- 1269 Werden die in Kapitel 3 (N 328 ff.) vorgestellten Programme summarisch in dieser Perspektive betrachtet, so ist festzuhalten, dass die Abklärungsplätze im Kanton Bern abgeschafft werden müssen und daher nicht mehr im kantonalen Konzept für die Beschäftigungs- und Integrationsangebote vorgesehen werden sollen (N 330 ff.). Sie sind als disziplinierendes Instrument konzipiert, werden als solches eingesetzt und werden den positiven Verpflichtungen nicht gerecht, insbesondere da sie nicht als Instrument zur Reintegration in eine frei gewählte Beschäftigung gedacht sind und somit nicht mit der Zielsetzung des Sozialhilferechts (Integration und Existenzsicherung) vereinbar sind.
- 1270 Das Programm Sprungbrett (N 339 ff.), das auf niederschwellige Beschäftigung setzt, kann allenfalls als freiwillige Massnahme beibehalten werden. Jedoch sind selbst in diesem Fall zwingend Anpassungen notwendig: Die strikte Aufgabenteilung zwischen Männern und Frauen ist aufzuheben, damit eine Person auch in den Bereichen eingesetzt werden kann, die ihren Interessen und Fähigkeiten entspricht. Schliesslich ist die Regelung, welche die Unfallversicherung und -verhütung zur Sache der Teilnehmer_innen erklärt, überholt und daher zu ändern. Der Programmanbieter hat zwingend für die Unfallversicherung zu sorgen (N 903).

Am ehesten mit den völker- und verfassungsrechtlichen Vorgaben vereinbar ist das Programm ProTravail im Kanton Waadt (N 345 ff.). Der Arbeitseinsatz wird mit einem Arbeitsvertrag geregelt; der Lohn ist vom sozialhilferechtlichen Bedarf abgekoppelt und existenzsichernd; die soziale Sicherung besteht im üblichen Rahmen eines (auf zwölf Monate befristeten) Arbeitsvertrages und das Ziel des Einsatzes ist die stabile Reintegration in den ersten Arbeitsmarkt. Um dieses Ziel besser zu erreichen, wurde das Programm an Ergebnisse aus Evaluationen angepasst. 1271

Des Weiteren besteht eine grosse Verantwortung der Sozialdienste darin, die persönliche Situation der Sozialhilfeempfänger_innen abzuklären und so festzustellen, welche Stärken und Fähigkeiten eine Person mitbringt und welche Wünsche und Interessen in Bezug auf die berufliche Reintegration bestehen. Es sind im sozialarbeiterischen Gespräch die Grundlagen zu schaffen, um festzustellen, ob überhaupt ein Bedarf nach beruflichen Integrationsmassnahmen besteht, und um gegebenenfalls ein den subjektiven Zumutbarkeitskriterien entsprechendes Programm zu finden. 1272

Es ist anzumerken, dass durch die vorliegende Untersuchung kein (umfassendes) Urteil über die Praxis der Sozialdienste bei der Ausübung ihres Ermessens möglich ist. Es ist nicht unwahrscheinlich, dass dieses in der Vielzahl der Fälle i.S. der professionellen Sozialen Arbeit angemessen ausgeübt wird und der Entscheid über den Besuch eines Beschäftigungsprogramms unter Einbezug der Sozialhilfeempfänger_in sowie unter Berücksichtigung subjektiver und objektiver Gesichtspunkte getroffen wird.²⁸¹² Dennoch deuten die Häufigkeit der gerichtlichen Auseinandersetzungen um die Zumutbarkeit der Arbeit in sozialhilferechtlichen Beschäftigungsverhältnissen²⁸¹³ sowie das Resultat der hier eingehend erfolgten inhaltlichen Analyse dieser Urteile auf einen deutlichen Handlungsbedarf hin.

Dabei bleibt zu erwähnen, dass der Umgang mit gesundheitlich beeinträchtigten Sozialhilfeempfänger_innen für das System der Sozialhilfe besondere Herausforderungen mit sich bringt. Dies hat die vorliegende Untersuchung, v.a. durch den Einbezug der BRK, verdeutlicht und untermauert damit die Forderungen anderer Autoren nach einem eigentlichen Gesundheitsmanagement und einem weiten Gesundheitsbegriff in der Sozialhilfe. Generell sollen Gesundheitsfragen in der Sozialhilfe einen höheren sozialpolitischen Stellenwert erhalten, da eine gute 1273

²⁸¹² Gem. den kantonalen Sozialämtern kommen jedoch über die Hälfte der Programmeinsätze per Verfügung zu Stande und in fast einem Drittel der Fälle wählt der Sozialdienst das Programm aus; siehe: STUDER ET AL., N 90 f.

²⁸¹³ Siehe dazu auch: STUDER ET AL., N 223.

Gesundheit Voraussetzung für eine Arbeitsmarktintegration ist.²⁸¹⁴ Einen Schritt in die Richtung «umfassendes Gesundheitsmanagement» geht die Stadt Bern im Mai 2020 mit einem Grundlagenpapier «Gesundheit in der Sozialhilfe». In diesem werden diverse Massnahmen erläutert, die in den nächsten Jahren in Pilotprojekten geprüft werden oder direkt umgesetzt werden sollen. Dazu gehört etwa die Abklärung, welche Ressourcen in der Fallarbeit benötigt werden, aber auch die Schaffung eines neuen Aktivierungsangebots, das auf Freiwilligkeit beruhen soll.²⁸¹⁵ Die Umsetzung solcher Strategien bleibt ebenso zu beobachten wie die Entwicklungen in den vorgelagerten Sicherungssystemen, insbesondere der IV.

IV. Gerichte

- 1274 Es ist nicht nur wünschenswert, sondern aus verfassungsrechtlicher Sicht dringend geboten, dass zunächst die kantonalen Gerichte bei Beschwerden gegen Einsätze in Beschäftigungsprogrammen – respektive die darauffolgende Leistungskürzung – der Prüfung des Einzelfalls mehr Gewicht beimessen. Insbesondere ist es zur Beurteilung der Zumutbarkeit einer Teilnahme an einem Programm unerlässlich, die persönliche Situation der Sozialhilfeempfänger_in sowie das Ziel und die konkrete Ausgestaltung eines Programms zu kennen. Ansonsten kann nicht entschieden werden, ob es sich um eine verhältnismässige und zumutbare Massnahme handelt. Ebenfalls ist in die Prüfung einzubeziehen, welche negativen Folgen mit dem Missachten einer Auflage oder Weisung verbunden sind. Dies wird insbesondere die Einschätzung der Schwere des Eingriffs in die Grundrechte beeinflussen (siehe N 968).
- 1275 Zudem haben die Gerichte Normen des kantonalen Rechts völker- und verfassungsrechtskonform auszulegen bzw. nicht anzuwenden, wenn diese Auslegung nicht möglich ist; Normen der Verfassung sind ebenfalls völkerrechtskonform auszulegen. Das heisst, konkret hätten die Gerichte insbesondere Art. 8g Abs. 2 SHV/BE, der die Zumutbarkeit auf die gesundheitliche Situation und allfällige Betreuungsaufgaben reduziert, die Anwendung zu versagen. Diese Bestimmung ist nicht

²⁸¹⁴ WOLFFERS FELIX, Hohe Gesundheitskosten als Herausforderung für die Sozialhilfe, Soziale Sicherheit CHSS 3/2012, S. 164–167, S. 167; daran anschliessend: WIZENT, Sozialhilferecht, N 754.

²⁸¹⁵ Stadt Bern, Direktion für Bildung, Soziales und Sport, Grundlagenpapier. Gesundheit in der Sozialhilfe, <<https://www.bern.ch/politik-und-verwaltung/stadtverwaltung/bss/sozialamt/downloads/stadtbern-grundlagenpapier-gesundheit-in-der.pdf/download>>, besucht am 30.04.2021, Bern 2020, S. 25 ff.

mit den Vorgaben des Verfassungs- und des Völkerrechts vereinbar. Hingegen ist Art. 12 BV einer Auslegung zugänglich, mit der die aufgezeigten Konflikte mit dem Völkerrecht verhindert werden können. Die Gerichte haben entsprechend das Subsidiaritätsprinzip, welches in Art. 12 BV verankert ist, so auszulegen, dass die Teilnahme an einem Beschäftigungsprogramm nicht als Möglichkeit, «für sich selber zu sorgen», betrachtet wird. Wie gesehen, beruht die heutige Praxis vor allem auf einer gerichtlichen Interpretation und ist kaum gesetzlich verankert; dies gibt den Gerichten auch die Möglichkeit, die Auslegung dem Völkerrecht (und dem Verfassungsrecht) anzupassen.

Eine Frage, die sich bei der gerichtlichen Prüfung aufdrängt, ist, ob die *subjektiven Kriterien in objektivierter Weise* zu berücksichtigen sind und welcher Massstab hier anzulegen ist. Grundsätzlich ist eine objektivierte Betrachtung subjektiver Gründe in Lehre und Rechtsprechung weitherum anerkannt, insbesondere in der sozialversicherungsrechtlichen Rechtsprechung (siehe N 118). Auch im vorliegenden Kontext ergibt sich aus der völker- und verfassungsrechtlichen Betrachtung kein Anspruch darauf, dass rein die subjektive Meinung der betroffenen Person ausschlaggebend ist, um die Zumutbarkeit einer Massnahme zu beurteilen. Jedoch ist bei der Objektivierung der subjektiven Kriterien mit besonderer Vorsicht und Rücksicht für die individuellen Umstände und die subjektiven Empfindungen vorzugehen. Dies gebieten das Individualisierungsprinzip der Sozialhilfe, die Finalität des Sicherungssystems und die Heterogenität der Anspruchsberechtigten. Wie insbesondere in Kapitel 13 (N 1004) aufgezeigt, führt das Unterlassen dieser Prüfung zur Aushöhlung der Freiheitsrechte. Bei der Objektivierung hat zudem auf den Erlebnishintergrund der betroffenen Person abgestellt zu werden.²⁸¹⁶ Es soll also kein Vergleich mit der hypothetischen Position, in welcher keine Unterstützung durch das solidarische Sicherungssystem erwartet werden könnte, erfolgen und nicht alles gefordert werden, was eine vernünftige Person in dieser Situation zu tun bereit wäre. Während dies im Rahmen der sozialversicherungsrechtlichen Schadenminderungspflicht allenfalls die Zumutbarkeit zu bestimmen vermag (siehe N 52), ist diese Grenze im letzten Sicherungssystem untauglich. Denn eine vernünftige Person, die bedürftig resp. in einer Notlage ist und keine staatliche Unterstützung erwarten könnte, wäre wohl häufig dazu bereit, sich auch in einer Weise zu verhalten, die mit einem Würdeverlust (z.B. Betteln, unfreiwillige Prostitution) oder einem Gesetzesbruch (z.B. Diebstahl) einhergeht. So führt diese Perspektive in der Sozial- resp. Nothilfe zur Aushöhlung des Sozialstaatsgedankens und der minimalen gesellschaftlichen Solidarität.

²⁸¹⁶ Ähnlich auch bereits: MAURER, S. 237, für das Sozialversicherungsrecht.

V. Betroffene und ihre Rechts- und Interessensvertreter_innen

- 1277 Von einer Weisung zur Teilnahme an einem Beschäftigungsprogramm betroffenen Sozialhilfeempfänger_innen bzw. ihren Anwälte_innen ist, solange nicht klarere gesetzliche Grundlagen vorliegen, geraten, insbesondere zwei Aspekte in allfälligen Beschwerden zu kritisieren:
- Die fehlende Eignung eines Programms, zur beruflichen Integration beizutragen, und diesbezüglich insbesondere auch auf die (beruflichen) Fähigkeiten der Sozialhilfeempfänger_in hinzuweisen, welche zur Beurteilung der Eingliederungswirksamkeit einer Massnahme zu berücksichtigen sind.
 - Steht die Einstellung der Anspruchsberechtigung i.S. der aktuellen Auslegung des Subsidiaritätsprinzips bei einem entlohnten Beschäftigungsprogramm im Raum, ist eine explizite Rüge der Verletzung von Art. 7 BV zu prüfen (siehe N 637).
- 1278 Zudem sind gewisse Aspekte würdiger Beschäftigungsbedingungen in sozialhilferechtlichen Beschäftigungsprogrammen individuell justiziabel. Das trifft insbesondere auf die staatlichen Schutzpflichten, die sich aus Art. 2 und 8 EMRK sowie Art. 10 Abs. 2 BV für den Schutz der Gesundheit und die Arbeitssicherheit ergeben, zu (siehe N 894 ff.). Das heisst, eine Verletzung dieser Rechte kann vor Gericht geltend gemacht werden – auch wenn keine entsprechende Regelung besteht, die z.B. einen angemessenen Gesundheitsschutz vorsieht.
- 1279 Die Ausführungen in Kapitel 10 haben gezeigt, dass sich auf internationaler Ebene auch die ILO-Expert_innen nicht nur im Rahmen des Verbots der Zwangsarbeit, sondern auch im Rahmen des Übereinkommens Nr. 122 zur Beschäftigungspolitik zur Förderung der vollen, produktiven und frei gewählten Beschäftigung mit sozialhilferechtlichen Beschäftigungsverhältnissen auseinandersetzen. Sie beleuchten auch Aspekte kritisch, welche die Zumutbarkeit einer Arbeit betreffen. Die Art. 24 und 25 der ILO-Verfassung sehen vor, dass ein Berufsverband von Arbeitnehmer_innen oder Arbeitgeber_innen eine Beschwerde an das internationale Arbeitsamt richten und darin darlegen kann, inwiefern ein Abkommen nicht in befriedigender Weise umgesetzt wird. Darauf hat die betroffene Regierung zu antworten und befriedigt die Antwort nicht, so wird die Beschwerde und gegebenenfalls die Antwort veröffentlicht (Art. 25 ILO-Verfassung). Es handelt sich also um einen «*naming and shaming*»-Prozess, dessen Wirkung jedoch nicht unterschätzt

werden sollte.²⁸¹⁷ Ein entsprechendes Verfahren in die Wege zu leiten, scheint zumindest prüfenswert.

VI. Forschung

Das Arbeiten in sozialhilferechtlichen Beschäftigungsverhältnissen berührt viele Rechtsfragen, die hier nicht alle vertieft betrachtet wurden. Daher ist es wünschenswert, dass die (rechts-)wissenschaftliche Auseinandersetzung mit dieser Thematik nicht mit dem Schlusspunkt der vorliegenden Arbeit endet. 1280

Aus Sicht des öffentlichen Wirtschaftsrechts ist etwa die ordnungspolitische Dimension der sozialhilferechtlichen Beschäftigungsverhältnisse besser zu beleuchten. Kommt es zu einer Konkurrenzierung der Privatwirtschaft und ist die Gleichbehandlung direkter Konkurrenten noch gewährleistet? 1281

Ebenfalls stellen sich Fragen im Zusammenhang mit dem öffentlichen Beschaffungsrecht: Nachdem die Bundesgesetzgeberin entschieden hat, dass das BöB keine Anwendung mehr findet auf Aufträge an Behinderteninstitutionen, Organisationen der Arbeitsintegration, Wohltätigkeitseinrichtungen und Strafanstalten,²⁸¹⁸ wäre zu gegebener Zeit zu überprüfen, wie diese Ausnahme wirkt. Wird damit nicht eine Chance verpasst, um die Arbeitsbedingungen in diesen speziellen Arbeitsverhältnissen zumindest indirekt zu prüfen? Hier wären kantonale Gesetzgebung und Praxis vergleichend einzubeziehen, um festzustellen, ob und inwiefern dies problematisch ist. Eng damit verbunden ist die Frage, wie entschieden wird, wer ein Beschäftigungsprogramm anbieten darf und welche Voraussetzungen dafür zu erfüllen sind. Findet hier das Beschaffungsrecht Anwendung?²⁸¹⁹ 1282

Weitgehend ausgeklammert hat diese Arbeit die Situation von selbständig Erwerbenden in der Sozialhilfe. Hier zeigt sich auch jüngst im Zusammenhang mit den Massnahmen zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie eindrücklich, wie rasch selbständig Erwerbende aufgrund der fehlenden Absicherung durch die Arbeitslosenversicherung in existenzielle Nöte geraten können. Was kann ihnen zugemu- 1283

²⁸¹⁷ Siehe zum Ganzen: CHATTON, Aspects, S. 171 ff., insbes. S. 172 in fine.

²⁸¹⁸ Die Änderung trat per 01.01.2021 in Kraft; siehe AS 2020 241, auch bereits oben Fn. 842.

²⁸¹⁹ Verneinend in Bezug auf Motivationssemester der ALV: VerwG ZH, Urteil VB.2007.00531 v. 01.10.2008.

tet werden und wo hat die Solidargemeinschaft Leistungen zu erbringen? Welche Rolle spielen dabei sozialhilferechtliche Beschäftigungsverhältnisse?

- 1284 Diverse weitere Fragen stellen sich auch für die Personengruppen, die unter das AIG oder AsylG fallen und dort ebenfalls verpflichtet werden, sich wirtschaftlich und sozial zu integrieren, wobei mangelhafte Integration und Sozialhilfebezug auch an ausländerrechtliche Konsequenzen wie den Verlust der Aufenthaltsbewilligung und die Verweigerung der Einbürgerung geknüpft werden. Ist in diesem Kontext die Frage, ob es sich bei Integrationsmassnahmen um Zwangsarbeit handelt, neu zu evaluieren?
- 1285 Noch mehr Aufmerksamkeit bedürfte das Legalitätsprinzip. Hier konnten zwar einige Bezüge geschaffen werden, aber eine vertiefte Analyse, unter Einbezug von Vergleichen zum Sozialversicherungsrecht und der erhöhten Grundrechtssensibilität des Sozialhilferechts, wäre wünschenswert.
- 1286 Das Potential der BRK wurde bis anhin weder in Lehre noch in Rechtsprechung durchgehend erkannt oder ausgeschöpft, wenn es darum geht, Integrationsverpflichtungen für gesundheitlich beeinträchtigte Personen zu beurteilen. Dies gilt nicht nur für die Bestimmungen der Sozialhilfe, sondern auch für diejenigen des IVG und des AVIG.
- 1287 Schliesslich hat sich die vorliegende Untersuchung v.a. auf materiell-rechtliche Aspekte konzentriert, aber auch verfahrensrechtliche Grundrechte, wie etwa das Recht auf rechtliches Gehör und eine wirksame Beschwerde i.S. eines Rechts auf Rechtsschutz, sind essentiell, um das System insgesamt menschenrechtskonform auszugestalten.²⁸²⁰ In diesem Bereich wäre zusätzlich (rechtssoziologische) Forschung wünschenswert. Dies gilt gleichfalls für die Frage, ob den Sozialhilfeempfänger_innen ein Anspruch auf die Teilnahme an Integrationsmassnahmen eingeräumt werden soll. Dies kann zwar, wie erwähnt (N 831), der Subjektstellung der Einzelnen zuträglich sein, jedoch wurde im Bereich der IV aufgezeigt, dass ein Recht auf Massnahmen in der Pflicht zur Teilnahme an Massnahmen mündet; in der ALV wurde ein solcher Anspruch aufgrund kontraproduktiver Effekte wieder abgeschafft. Die Umsetzung und Wirkung eines solchen Anspruchs wäre, allenfalls in rechtsvergleichender und rechtssoziologischer Perspektive, vertieft zu klären.

²⁸²⁰ Siehe zu gewissen Aspekten diesbezüglich nun jüngst: FUCHS GESINE ET AL., Rechtsberatung und Rechtsschutz von Armutsbetroffenen in der Sozialhilfe, Bundesamt für Sozialversicherungen (Hrsg.), Beiträge zur Sozialen Sicherheit 18/20, Bern 2020.

Kapitel 17 Zusammenfassende Schlussbetrachtung

I. Ausgangslage und Fragestellung

Diese Arbeit hat sich mit einem besonderen Aspekt der seit Anfang der 90er Jahre 1288 implementierten rekommodifizierenden Reformen im System der sozialen Sicherheit beschäftigt, nämlich mit Beschäftigungsprogrammen in der Sozialhilfe. Solche Programme erhöhen den Druck auf Sozialhilfeempfänger_innen, ihre Arbeitskraft ausserhalb der etablierten Strukturen des ersten Arbeitsmarkts zu verwerten. Ausgehend von der Feststellung, dass die Frage nach der Zumutbarkeit einer Arbeit entscheidend dafür ist, ob eine Person, die zur Teilnahme an einem Programm aufgefordert wird, weiterhin Anspruch auf (ungekürzte) Sozialhilfeleistungen hat, wurden drei eng miteinander verknüpfte Fragen untersucht:

1. Setzen Verfassungs- und Völkerrecht Grenzen für die Beurteilung einer Arbeit als «zumutbare Arbeit» in sozialhilferechtlichen Beschäftigungsprogrammen? Und wenn ja, welche?
2. Sind das aktuelle Sozialhilferecht und die Praxis mit diesen Vorgaben vereinbar?
3. Oder sind (verfassungs- und völkerrechtskonforme) Alternativen zur heutigen Regulierung und Praxis vorzuschlagen?

Um diese Fragen zu beantworten, wurde in *Teil I* untersucht, wie die aktuellen gesetzli- 1289 chen Grundlagen und die aktuelle Gerichts- und Verwaltungspraxis die Zumutbarkeit einer Arbeit in einem sozialhilferechtlichen Beschäftigungsprogramm definieren. Dabei wurden drei Aspekte des Arbeitens in sozialhilferechtlichen Beschäftigungsprogrammen als besonders zentral identifiziert: Es ist zumutbar, wenn das Arbeiten in einem Beschäftigungsprogramm eine Anspruchsvoraussetzung für die Leistungen der Sozial- und Nothilfe ist (Subsidiaritätsprinzip); die Rolle der Idee von «Leistung und Gegenleistung», welche zentral war für die Einführung der aktivierenden Sozialhilfepolitik, ist nach wie vor undifferenziert und von unklarer Tragweite; welche Kriterien eine zumutbare Arbeit in einem Beschäftigungsprogramm ausmachen, bleibt weitgehend unklar und dem Ermessensspielraum der Rechtsanwenderin überlassen. Besonders in der Rechtsprechung wird

aber grundsätzlich davon ausgegangen, dass eine Programmteilnahme zumutbar ist und geeignet ist, die Situation von Sozialhilfeempfänger_innen zu verbessern.

- 1290 In *Teil II* wurde untersucht, welche Grenzen das Verfassungs- und das Völkerrecht der Beurteilung einer Arbeit setzen und ob die aktuelle Praxis mit diesen Vorgaben vereinbar ist. In allen drei besonders sensiblen Bereichen – Subsidiarität, Gegenleistung, Definition von zumutbarer Arbeit – wurden Diskrepanzen zwischen der aktuellen Praxis und den völker- und verfassungsrechtlichen Vorgaben festgestellt. Daher widmete sich *Teil III* der Frage, ob sich die Gesetzgebung der Arbeitslosen- und der Invalidenversicherung, welche je auch aktivierende Reformen erfahren haben, zur Übertragung auf sozialhilferechtliche Beschäftigungsverhältnisse eignen könnte. Im vorangehenden Kapitel 16 in diesem abschliessenden *Teil IV* wurden eigene Handlungsempfehlungen, die auf dieser Analyse basieren, erarbeitet. Nachfolgend können nun die wichtigsten Antworten, die auf diese Forschungsfragen gefunden wurden, zusammenfassend dargestellt werden und dabei auch die ursprüngliche Reihenfolge der Fragen beibehalten werden: Es werden die völker- und verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen zusammengefasst, die aktuelle Praxis summarisch dargestellt und schliesslich auf die Handlungsalternativen eingegangen. Zunächst wird zusammengefasst, wie eine (umfassende) völker- und verfassungsrechtliche Prüfung ausgestaltet sein muss und inwiefern Beschäftigungsprogramme zur Erfüllung der verfassungs- und völkerrechtlichen Pflichten notwendig sind.

II. Umfassende Betrachtung ist notwendig

A. Völker- und verfassungsrechtliche Vorgaben

- 1291 Die völker- und verfassungsrechtliche Betrachtung erfolgte in einer umfassenden Perspektive. Es wurde zunächst aufgezeigt, dass sich die aktivierende Sozialhilfepolitik in einem besonderen menschenrechtlichen Spannungsfeld bewegt: Dass überhaupt Sozial- und Nothilfeleistungen gewährt werden, ist eine Verwirklichung positiver staatlicher Pflichten (*obligations to fulfil*). Die Schweiz trifft eine menschenrechtliche Kernverpflichtung, ein gewisses Mindestmass an Leistungen zu gewähren, da ansonsten die Freiheitsrechte leerlaufen und die wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte gefährdet werden.

Werden sozialstaatliche (Mindest-)Leistungen gekürzt oder vorenthalten, weil eine an sich anspruchsberechtigte Person eine Verhaltenspflicht nicht befolgt, darf nicht isoliert betrachtet werden, ob das Befolgen der Verhaltenspflicht eine zumutbare Einschränkung der Freiheitsrechte wäre (*obligations to respect*; keine Fokussierung auf die abwehrrechtliche Dimension der Menschenrechte). Vielmehr ist zu berücksichtigen, welche Auswirkungen dies auf die positiven Leistungsansprüche hat und ob die neu geschaffene Situation mit den menschen- und grundrechtlich gesicherten Positionen vereinbar ist und der Sozialhilfeempfänger_in – nach wie vor – ein würdiges Leben ermöglicht wird. Um eine menschenrechtskonforme Politik zu gewährleisten, müssen alle Dimensionen der involvierten Rechte berücksichtigt werden. Aus diesem Grund wurden in der vorliegenden Arbeit die Menschenrechte integrativ ausgelegt. 1292

B. Aktuelle Praxis

In der aktuellen Praxis der schweizerischen Gerichte, insbesondere des Bundesgerichts, erfolgt die Beurteilung, ob die Verpflichtung zur Teilnahme an einem Beschäftigungsprogramm zumutbar ist, meist ausschliesslich entlang der abwehrrechtlichen Komponente der Grundrechte. Dies führt dazu, dass die Eingriffe als «leicht» beschrieben werden und dementsprechend als verhältnismässig beurteilt werden. Dadurch werden die Auswirkungen auf die Leistungsansprüche vernachlässigt; und der Staat versteckt sich so hinter der «Fiktion des passiven Staates» (siehe N 543). 1293

C. Kritik und alternative Handlungsmöglichkeiten

Bei der gerichtlichen Überprüfung der Grundrechtskonformität einer Auflage zur Teilnahme an einem Beschäftigungsprogramm resp. der anschliessenden Leistungskürzung, -einstellung oder dem Verlust der Anspruchsberechtigung hat die Situation umfassend betrachtet zu werden: Wie sieht die Gesamtsituation der Sozialhilfeempfänger_in aus und werden grundrechtlich geschützte Positionen in unzulässiger Weise eingeschränkt? Ist der Verlust der Anspruchsberechtigung zum Bezug von Hilfe in Notlagen i.S. des Subsidiaritätsprinzips mit einer Nichtteilnahme am Programm verbunden, so kann der Eingriff in die Freiheitsrechte nicht mehr als leicht gelten. Denn durch das Vorenthalten jeglicher Unterstützungsleistungen wird das Ausüben der Grundrechte faktisch stark eingeschränkt. Dies ist 1294

mit der Menschenwürde und einer mehrdimensionalen Grundrechtsbetrachtung nicht vereinbar. Bei der Prüfung der Verhältnismässigkeit von Auflagen und Leistungskürzungen sind diese Auswirkungen auf grundrechtlich fundierte Leistungsansprüche vermehrt zu berücksichtigen, was im Resultat dazu führen müsste, dass Verhaltenspflichten, die mit dem Verlust der Anspruchsberechtigung verbunden sind, als nicht zumutbar beurteilt werden.

III. Wirksame Beschäftigungsprogramme sind notwendig

A. Vorgaben des Völker- und Verfassungsrechts

- 1295 Aus den hier untersuchten Normen des Völker- und Verfassungsrechts lässt sich kein prinzipielles Argument finden, das gegen die Durchführung von sozialhilfe-rechtlichen Beschäftigungsprogrammen spricht. Im Gegenteil: Die Schweiz hat das Recht auf Arbeit gem. Art. 6 UN-Pakt I umzusetzen und durch die Ratifikation des ILO-Übereinkommens Nr. 122 ist sie dem Ziel verpflichtet, die volle, produktive und frei gewählte Beschäftigung zu fördern. Im Sinne dieser Normen sind Schritte zu unternehmen, die es allen erlauben, eine Möglichkeit zur produktiven und frei gewählten Beschäftigung wahrzunehmen. Zur Zielerreichung können auch Beschäftigungsprogramme beitragen, sofern sie sich in gewissen Grenzen bewegen. Denn das Recht auf Arbeit darf nicht undifferenziert betrachtet werden, sondern ist im Zusammenhang mit dem Zwangsarbeitsverbot und dem Recht auf frei gewählte Arbeit sowie dem Recht auf günstige und gerechte Arbeitsbedingungen zu sehen, was den Programmen die nötigen Konturen verleiht.
- 1296 Im Sinne der Menschenwürde können Arbeitseinsätze zudem als Möglichkeit gesehen werden, die es den Sozialhilfeempfänger_innen erlauben, aus dem passiven Leistungsbezug herauszukommen. Die Möglichkeit, eine Arbeitsleistung zu erbringen, kann zur Wiederherstellung der Autonomie beitragen und somit das Selbstwertgefühl positiv beeinflussen.
- 1297 Teil der internationalen Verpflichtungen in Bezug auf die Arbeit ist es, den Zugang zum Arbeitsmarkt gleichberechtigt sicherzustellen. Es sind entsprechende Bestrebungen für einen möglichst inklusiven Arbeitsmarkt notwendig, ohne welche auch die besten Beschäftigungsprogramme nicht in produktiver und frei gewählter Arbeit münden können. Die Forderung nach Integration in den ersten Arbeitsmarkt

wäre dementsprechend eine Forderung nach dem Unmöglichen. Aus dieser Sicht ist es also nicht vertretbar, wenn strukturelle Probleme des Arbeitsmarktes durch eine aktivierende Sozialhilfepolitik zu individuellen Problemen gemacht werden.

B. Aktuelle Praxis

Ein weitherum anerkanntes Ziel der Sozialhilfe ist die berufliche Integration. Beschäftigungsprogramme können zur Erreichung dieses Ziels beitragen, was im Sinne des Rechts auf Arbeit ist. In der (Gerichts-)Praxis zeigt sich jedoch, dass kaum abgeklärt wird, ob ein spezifisches Programm zur Reintegration geeignet ist und ob die Teilnahme am Programm für die betreffende Person erforderlich ist, um die Reintegration zu erreichen. Es wird (grundsätzlich) davon ausgegangen, dass Beschäftigungsprogramme geeignet sind, die Situation der Hilfeempfänger_innen zu verbessern. In dieser Perspektive sind die statistisch feststellbaren Unterschiede in den Teilnahmequoten von Schweizer Männern und migrantischen Frauen äusserst problematisch. Die Annahme der grundsätzlichen positiven Wirkung kann sich jedoch nicht auf entsprechende Untersuchungen stützen. 1298

Zudem unterminiert die Verbindung einer Teilnahme am Beschäftigungsprogramm mit den Anspruchsvoraussetzungen für Hilfeleistungen (Subsidiarität) und Sanktionen die an sich hehre Absicht der sozialen und beruflichen Integration. Die Autonomie wird durch diese Elemente des Zwangs nicht gefördert, sondern vielmehr wird die bereits bestehende Asymmetrie im Machtverhältnis zwischen dem Sozialdienst und der Sozialhilfeempfänger_in verstärkt. Den Sozialhilfeempfänger_innen wird dadurch Verschulden an ihrer eigenen Situation zugeschrieben. 1299

Es wurde in dieser Arbeit aufgezeigt, dass mit Beschäftigungsprogrammen aktuell auch andere Ziele als dasjenige der beruflichen (und sozialen) Integration verfolgt werden, nämlich etwa die Abklärung der Kooperationsbereitschaft, des Arbeitswillens oder die Missbrauchsbekämpfung. Teilweise sollen die Programme auch für die Gesellschaft nützlich sein. 1300

C. Kritik und alternative Handlungsmöglichkeiten

Die Untersuchung stützt die bereits bestehenden Forderungen nach mehr Inklusion und besserem Schutz vor Diskriminierungen im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis; dies ist die Grundvoraussetzung, damit eine aktivierende Sozialhilfepolitik überhaupt zu (mehr) beruflicher Integration durch Arbeit führen kann. 1301

- 1302 In der Praxis ist bereits bei der Konzeption der Programme das Ziel der beruflichen (oder sozialen) Integration in den Fokus zu rücken. Programme, die andere Ziele verfolgen, sind nicht durch das Ziel und den Zweck der Sozialhilfe begründet und zeichnen sich durch die Gefahr aus, dass sachfremde Elemente in das letzte soziale Sicherungssystem getragen werden und das Ziel der Integration (und Subsidiarität) über dasjenige der Existenzsicherung gestellt wird. Das ist abzulehnen und entsprechend ist von der (Gerichts-)Praxis zu fordern, dass die Zielorientierung und die tatsächliche Eignung des Programmes, diese Ziele im konkreten Einzelfall zu erreichen, besser abgeklärt werden.
- 1303 Mit anderen Worten: Die Entscheidung, ob ein Besuch eines Beschäftigungsprogramms angeordnet wird, hat sich in eine umfassende Verhältnismässigkeitsprüfung einzubetten und ist nicht auf behauptete erfahrungsgemäss generell gute Wirkungen von Beschäftigungsprogrammen abzustellen. Evaluationen von Programmen, die diese Wirkung belegen, fehlen weitgehend und sind entsprechend vermehrt durchzuführen. Dabei ist insbesondere auch zu klären, ob es Unterschiede gibt in der Wirkung, wenn ein Programm freiwillig oder unter Sanktionsandrohung erfolgt. Dies würde wiederum auch Schlüsse darauf zulassen, ob Sanktionen in Form von Leistungskürzungen überhaupt ein geeignetes und erforderliches Mittel sind, um Integration zu fördern.
- 1304 In diesem Sinne einen begrüssenswerten Ansatz verfolgt die Stadt Zürich seit Mitte 2018, wo Arbeitseinsätze grundsätzlich freiwillig sind, es sei denn, dass aufgrund vorhandener Qualifikationen von einer realistischen Chance auf eine Anstellung im ersten Arbeitsmarkt ausgegangen werden kann. Es ist weiter zu beobachten, wie sich diese Praxis auswirken wird und welche (positiven) Effekte sich daraus auf die tatsächlichen Reintegrationschancen der Sozialhilfeempfänger_innen ergeben.
- 1305 Ebenfalls hat der Vergleich der Sozialhilfe zur ALV und IV gezeigt, dass die Zielorientierung einer Massnahme in den beiden Sozialversicherungen verstärkt geprüft wird. Einem ähnlichen Vorgehen in der Sozialhilfe steht nichts entgegen, vielmehr ist dies erforderlich, um die Verhältnismässigkeit des Staatshandelns auch in der Sozialhilfe sicherzustellen.

IV. Subsidiarität und Anspruchsvoraussetzungen

A. Vorgaben des Völker- und Verfassungsrechts

Ein Fokus der vorliegenden Untersuchung war die Frage, ob die Teilnahme an einem Beschäftigungsprogramm als Voraussetzung für den Bezug sozialstaatlicher Mindestleistungen gelten darf. Die Analyse dieser Frage aus völker- und verfassungsrechtlicher Sicht hat ergeben, dass dies aus mehreren Gründen nicht erlaubt ist: 1306

- Art. 9 und 11 UN-Pakt I beinhalten eine Mindestverpflichtung für den Staat, die darin besteht, ein Existenzminimum bereitzustellen. Diese Kernverpflichtung ist als nicht einschränkbar zu betrachten, da eine Kürzung dieser Ansprüche nicht möglich ist, ohne gegen die «Natur» des Rechts (Art. 4 Abs. 1 UN-Pakt I) zu verstossen. Anhaltspunkte dafür, dass Arbeitseinsätze eine Voraussetzung für den Erhalt des Existenzminimums sein dürften, lassen sich der internationalen Praxis zu Art. 9 und 11 UN-Pakt I nicht entnehmen. Im Gegenteil: Der Entzug jeglicher Unterstützungsleistungen wegen nicht angenommener Arbeitsmöglichkeiten ist als Verletzung des Rechts auf einen angemessenen Lebensstandard zu qualifizieren.
- Eine integrative Auslegung des Verbots der Zwangs- und Pflichtarbeit zeigt, dass es eine übermässig belastende und damit unzulässige Arbeitspflicht ist, wenn keine Möglichkeit besteht, aus einer Arbeitsbeziehung auszusteigen und danach weiterhin ein menschenwürdiges Dasein führen zu können. Das bedingt, dass auch bei einer Nichtteilnahme an einem Arbeitsprogramm weiterhin ein Anspruch auf Existenzsicherung besteht.
- Eine konsequente Auslegung von Art. 12 BV im Lichte der Menschenwürde nach Art. 7 BV lässt nach hier vertretener Ansicht ebenfalls keinen anderen Schluss zu. Auch Sozial- und Nothilfeempfänger_innen haben Anspruch auf eine minimale Dispositionsfreiheit. Eine Person, die dem (idealisierten) Menschenbild des arbeitswilligen und eigenverantwortlichen Wesens nicht entspricht, soll daher nicht aus dem Schutzbereich der Menschenwürde ausgeschlossen werden können und hat entsprechend auch Anspruch auf die Gewährleistungsansprüche, die aus der Menschenwürde fliessen. Diese wurden an sich in Art. 12 BV ausgeschieden.

- 1307 Zudem hat sich ergeben, dass die Anspruchsvoraussetzungen für die Leistungen i.S. des UN-Pakts I transparent, angemessen und verhältnismässig sein müssen. Wenn der Anspruch überwiegend von einer Ermessensentscheidung der Rechtsanwender_innen abhängt, sind diese Vorgaben nicht erfüllt.

B. Aktuelle Praxis

- 1308 Die aktuelle, wesentlich durch das Bundesgericht mitgeprägte, Praxis der Kantone geht davon aus, dass die Teilnahme an einem minimal entlöhnten Beschäftigungsprogramm eine Anspruchsvoraussetzungen für das Recht auf Hilfe in Notlagen und für das Recht auf Sozialhilfe nach kantonalem Recht ist. Es wird argumentiert, mit dieser Programmteilnahme wäre die Sozialhilfeempfänger_in in der Lage, für sich selber zu sorgen, und erfülle daher die Voraussetzungen der anspruchsbegründenden Subsidiarität nicht. Nach dem Subsidiaritätsprinzip habe nur Anspruch auf diejenigen Mittel, die für ein menschenwürdiges Dasein unerlässlich seien, wer seine Existenz nicht durch eigene Mittel, Mittel aus Leistungen Dritter oder durch die Verwertung der eigenen Arbeitskraft sichern könne.
- 1309 Dabei fällt auf, dass diese Voraussetzungen in den gesetzlichen Grundlagen nur in einzelnen Kantonen verankert sind. Die meisten Kantone beschränkten sich darauf, festzuhalten, dass der Anspruch der Subsidiarität unterstehe und dass eine Pflicht bestehe, unter Androhung von Leistungskürzungen an Beschäftigungsprogrammen teilzunehmen.
- 1310 Es wurden also im Wesentlichen durch die Rechtsprechung klare rekommodifizierende Elemente in das System der Sozial- und Nothilfe eingeführt. Dies kann auch als Workfare umschrieben werden: Bedarfsabhängige Sozialleistungen werden nur noch gewährt, wenn dafür gearbeitet wird.
- 1311 Weiter hat sich gezeigt, dass durch diese Auslegung des Subsidiaritätsprinzips weitere Anspruchsvoraussetzungen, wie etwa die Kooperationsbereitschaft, der Arbeitswille oder gar die richtige Geisteshaltung, eingeführt werden. Denn einerseits können so Programmteilnahmen, die zur Abklärung der Kooperationsbereitschaft oder des Arbeitswillens eingesetzt werden, zur Voraussetzung für den Bezug von Sozial- und Nothilfe erhoben werden, sofern sie denn mindestens in der Höhe der Nothilfe entlöhnt werden. Andererseits wird auch argumentiert, eine Person sei nicht in einer Notlage, denn mit einer geänderten Geisteshaltung wäre sie in der Lage, für sich selber zu sorgen. Damit werden Verschuldenselemente in das an sich verschuldensunabhängige letzte soziale Netz eingeführt und es

werden – mittels der Anrechnung von theoretisch im Programm erzielbaren Einkommen – weit höhere Sanktionen als in den gesetzlichen Grundlagen vorgesehen ausgesprochen. Die Entscheidung, wer aktiviert und zur Teilnahme an einem Beschäftigungsprogramm aufgefordert wird und in welchem Programm zu welchen Konditionen gearbeitet werden soll, steht der Rechtsanwender_in zu. Sie genießt dabei einen weiten Ermessensspielraum, der auch die Frage umfasst, ob die Bedürftigkeit – und somit die Anspruchsvoraussetzungen einer Sozialhilfeempfänger_in – mit dem Angebot, an einem (entlohnten) Beschäftigungsprogramm teilzunehmen, ausgelöscht wird. Dies kann auch Auswirkungen auf die ganze sozialhilfeabhängige Familie (inkl. Kindern) haben, was i.S. der Transparenz der Anspruchsvoraussetzungen und des Grundsatzes, dass alle bedürftigen Personen Zugang zu den Sozialleistungen haben sollten, äusserst problematisch ist.

Dabei ist zu betonen, dass die «Entlohnung», die mindestens der Höhe der Not- 1312
hilfe zu entsprechen habe, i.S. dieser Auslegung nicht zwingend ein Lohn gem. der gängigen Definitionen zu sein hat: Die Entschädigung ist also nicht zwingend als Entgelt für geleistete Arbeit von der Arbeitgeber_in resp. der Programmanbieterin zu bezahlen und unterliegt auch nicht (zwingend) der sozialversicherungsrechtlichen Definition von «massgebendem Lohn» i.S.v. Art. 5 AHVG.

C. Kritik und alternative Handlungsmöglichkeiten

In Bezug auf das Subsidiaritätsprinzip ergibt sich ein klarer und dringender Hand- 1313
lungsbedarf, entspricht doch die aktuelle Praxis hier deutlich nicht den Vorgaben des Völkerrechts und deutet auf innere Widersprüche in der Verfassungsauslegung hin.

Erstens sind die Anspruchsvoraussetzungen und das Subsidiaritätsprinzip im Ge- 1314
setz klarer zu umschreiben und somit das Ermessen der Rechtsanwender_innen in dieser grundlegenden Frage einzugrenzen. Dabei ist klarzustellen, dass Anspruch auf Hilfeleistungen hat, wer bedürftig ist, und die Teilnahme an einem Beschäftigungsprogramm keine Anspruchsvoraussetzung für die Sozialhilfe- oder Nothilfeleistungen darstellt – ebenso wenig, wie etwa sich um Arbeit zu bemühen, kooperations- oder arbeitswillig zu sein oder die richtige Geisteshaltung zu haben. Die Teilnahme an einem Beschäftigungsprogramm ist also nicht auf der Anspruchsebene des Subsidiaritätsprinzips anzusiedeln, sondern auf der Pflichtenebene.

Das heisst, eine Leistungskürzung kann zwar in Betracht fallen, wenn die Teilnah- 1315
me am Programm sich mit dem Ziel, die wirtschaftliche Selbständigkeit der be-

troffenen Person zu fördern, begründen lässt und wenn davon auszugehen ist, dass dieses Ziel auch mit einer nicht freiwilligen Programmteilnahme erreicht werden kann. Eine allfällige Leistungskürzung hat darüber hinaus geeignet und erforderlich zu sein, um dieses Ziel zu erreichen. Es ist bei einer Kürzung sicherzustellen, dass die verbleibenden Mittel ausreichen, um ein menschenwürdiges Dasein zu sichern, weshalb Kürzungen von über 15 % des GBL besonders sorgfältig zu prüfen sind. Wie hier vorgeschlagen, erfolgt diese Prüfung idealerweise durch eine andere Instanz als die Behörde, welche bereits die Auflage zur Programmteilnahme erteilt hat. So wäre schliesslich sichergestellt, dass Art. 12 BV tatsächlich als eine Umsetzung der justiziablen Teilgehalte (*minimal core content*) aus Art. 9 und 11 UN-Pakt I gelten kann; denn aktuell ist dies nicht der Fall.

- 1316 Diesbezüglich war der Vergleich zur Arbeitslosenversicherung aufschlussreich: Während die ALV zwar ebenfalls deutlich aktivierende Reformen erfahren hat und grund- und menschenrechtliche Überlegungen bei der Ausgestaltung der Anspruchsberechtigung kaum berücksichtigt wurden, ist die ALV in Bezug auf den Verlust der Anspruchsberechtigung und Leistungseinstellungen wegen Pflichtverletzungen wesentlich differenzierter als die aktuelle Praxis in der Sozial- und Nothilfe. Dies untermauert die Empfehlung, die Anspruchsberechtigung in der Sozial- und Nothilfe ebenfalls zu differenzieren und bei allfälligen Leistungskürzungen darauf Rücksicht zu nehmen, dass mit der Teilnahme an einem Beschäftigungsprogramm lediglich eine mittelbare Möglichkeit, für sich selber zu sorgen, verpasst wird. Die unmittelbare Möglichkeit wird durch die Auslegung des Subsidiaritätsprinzips lediglich simuliert.

V. Gegenleistung als Aspekt der Pflichtenebene der Subsidiarität

A. Vorgaben des Völker- und Verfassungsrechts

- 1317 Die Frage, ob eine Teilnahme am Beschäftigungsprogramm eine Voraussetzung für minimale staatliche Hilfeleistungen sein kann, hängt auch eng mit der Frage nach dem Gehalt der Idee von Leistung und Gegenleistung zusammen. Es wurde untersucht, ob ein Prinzip von Leistung und Gegenleistung in der Sozial- und Nothilfe geeignet ist, die eben beschriebenen Mechanismen, die zur Einführung von Workfare-Elementen führen, zu rechtfertigen.

Dabei zeigten ein Blick in die Sozialverfassung und eine Betrachtung des Solidaritätsbegriffs, dass das Äquivalenzprinzip, welches in den (Sozial-)Versicherungen eine Verbindung zwischen Leistung (Beiträge) und Gegenleistung (Höhe der bezogenen Leistungen) erfordert, weder in der Sozial- noch in der Nothilfe Gültigkeit hat: Beide Ansprüche zeichnen sich dadurch aus, dass sie nicht von einer vorgängigen Beitragspflicht abhängig sind, sondern je auf normativ besonders gewichtigen Gründen beruhen und den Schutz sowie die Verwirklichung der (elementaren) Grundrechte bezwecken. So liegt dann im Prinzip von Leistung und Gegenleistung vor allem die Gefahr, dass an sich legitime Ansprüche negiert werden und zum Gegenstand eines Austauschverhältnisses gemacht werden, in welchem einer Partei aufgrund ihrer Bedürftigkeit keine Verhandlungsmacht zukommt. 1318

Eine Pflicht zur Gegenleistung lässt sich auch nicht durch eine Pflicht zur Arbeit rechtfertigen. Eine solche – undifferenzierte – Pflicht, die geeignet wäre, das Recht auf soziale Sicherheit und ein menschenwürdiges Dasein in Frage zu stellen, besteht nicht. Die Menschenwürde kann zwar dafürsprechen, dass Möglichkeiten zur Gegenleistung bereitgestellt werden, aber korrelierende Pflichten zur Teilnahme am Programm bestehen nicht. Soll eine Teilnahme an einem Beschäftigungsprogramm unter Androhungen von Sanktionen durchgesetzt werden, hilft m.a.W. die Berufung auf ein Prinzip von Leistung–Gegenleistung nicht weiter. Auflagen und Sanktionen sind in jedem Fall rechtsstaatlich zu begründen. So ergibt sich aus verfassungs- und völkerrechtlicher Sicht, dass mit einer (erzwungenen) Programmteilnahme in jedem Fall das Ziel der Reintegration in eine frei gewählte und produktive Arbeit verfolgt werden muss und dies auch geeignet sein muss, dieses Ziel zu erreichen. Arbeitseinsätze, mit denen der «Gesellschaft etwas zurückgegeben» werden soll, fallen daher ausser Betracht. Sie unterwandern die Solidarität in der Sozial- und insbesondere der Nothilfe. 1319

Selbst wenn das Prinzip von Leistung und Gegenleistung nur mit einem Anreizmechanismus ausgestaltet wird, ist dies nicht unproblematisch. Falls die ohne Anreizzahlung gewährte Unterstützung nicht ausreicht, um die Menschenwürde und soziale Teilhabe zu garantieren, wird mit dem Angebot, an einem Beschäftigungsprogramm teilzunehmen, kein eigentlicher Handlungsspielraum eröffnet, sondern v.a. Misstrauen gegenüber den Sozialhilfeempfänger_innen zum Ausdruck gebracht, dass sie ohne Anreize nicht in der Lage sind, die als richtig befundene Entscheidung zu treffen. 1320

B. Aktuelle Praxis

- 1321 In den gesetzlichen Grundlagen und der Rechtsprechung bleibt die Idee von Leistung und Gegenleistung vage und teilweise widersprüchlich, obwohl sie im politischen Diskurs zu Beginn der aktivierenden Reformen der Sozialhilfe treibend war. Es ist aus den aktuellen gesetzlichen Grundlagen nicht ersichtlich, ob die Sozial- und Nothilfe die Leistung ist, für welche die Empfänger_in eine Gegenleistung in Form von Arbeit zu leisten hat, oder ob die Teilnahme an einem Programm die Leistung ist, welche die Sozialhilfeempfänger_in zu einer – über den GBL hinausgehenden – Gegenleistung berechtigt. Das Spannungsfeld zwischen den sozialhilferechtlichen Zielen der Existenzsicherung und der beruflichen Integration wird durch diese Undifferenziertheit verstärkt.

C. Kritik und alternative Handlungsmöglichkeiten

- 1322 Insgesamt kann aus der Idee von Leistung und Gegenleistung nichts abgeleitet werden, was sich nicht auch aus dem Subsidiaritätsprinzip ergibt. Es ist entsprechend klarzustellen, dass «Leistung–Gegenleistung» als Teil der Pflichtenebene des Subsidiaritätsprinzips anzusehen ist. Eine verweigerte Gegenleistung hat entsprechend bei bestehender Bedürftigkeit keinen Einfluss auf die Anspruchsberechtigung. Einen Einfluss auf die Höhe der Unterstützungsleistung hat eine verweigerte Gegenleistung nur, wenn gleichzeitig eine Verletzung der Minderungsspflichten, die aus der Pflichtenebene des Subsidiaritätsprinzips fließen, festgestellt werden kann. Das heisst insbesondere, die Programmteilnahme hätte die Reintegrationschancen zu erhöhen und eine allfällige Kürzung der Leistungen hätte sich als geeignet zu erweisen, diese Chancen zu erhöhen. Entsprechend wären auch die gesetzlichen Grundlagen und die Praxis anzupassen. Programme und Gesetzesvorschriften, mit denen eine Gegenleistung für die erhaltene Sozialhilfe eingefordert wird oder mit denen die Sozialhilfeempfänger_in aufgefordert wird, «für die Gesellschaft nützlich zu sein», sind abzuschaffen.
- 1323 Vor diesem Hintergrund könnte auf das Konzept «Leistung und Gegenleistung» respektive die es umgebende Rhetorik auch ohne Verlust verzichtet werden. Es ergibt sich aus dem Prinzip für die juristische Debatte und Einordnung kein Gewinn; hingegen führt es in der sozialpolitischen Debatte und in der gerichtlichen Konstruktion der Sozialhilfeempfänger_innen dazu, dass Sozialhilfeempfänger_innen, die an keinem Programm teilnehmen, als unwürdige oder zumindest undankbare Arme betrachtet werden. Es werden dadurch an sich legitime Ansprüche verneint.

Dabei wäre wünschenswert, wenn diese Debatte versachlicht und darauf insistiert würde, dass der Anspruch auf Sozial- und Nothilfe bei bestehender Bedürftigkeit nicht zur Disposition gestellt werden kann, ohne dass damit auch die Menschenwürde zur Disposition gestellt wird.

Wird zudem der hier vertretenen Argumentation gefolgt und Programmeinsätze mit einem angemessenen und leistungsgerechten Lohn entschädigt, so besteht auch keine Notwendigkeit mehr, «Anreizzahlungen» wie Integrationszulagen als Gegenleistung für Programmeilnahmen beizubehalten. Sie könnten lediglich noch bei freiwilligen Programmen bei ausdrücklichem Verzicht auf den Lohn relevant bleiben. 1324

VI. Zumutbarkeit konkretisieren

A. Vorgaben des Völker- und Verfassungsrechts

Was von einer Person mit Verweis auf ihre Eigenverantwortung gefordert werden darf, ist auf das Zumutbare zu beschränken. Das ist an sich unbestritten. Aus den Normen der Sozialverfassung ergibt sich, dass die Grenzziehung in der Gesetzgebung unter Einbezug aller involvierten Interessen zu erfolgen hat und verfassungsrechtliche oder moralische Appelle an die Eigenverantwortung nicht geeignet sind, um individuelle Rechtspositionen einzuschränken. 1325

Die weitere völker- und verfassungsrechtliche Untersuchung hat gezeigt, dass die Zumutbarkeit einer Arbeit in einem sozialhilferechtlichen Beschäftigungsverhältnis differenziert zu beurteilen ist. Aus der umfassenden Betrachtung der involvierten Rechte, insbesondere aller Teilaspekte des Rechts auf Arbeit, das nur im Kontext mit dem Verbot der Zwangsarbeit, dem Recht auf frei gewählte Arbeit und dem Recht auf günstige und gerechte Arbeitsbedingungen befriedigend zu verstehen ist, gehen sowohl objektive als auch subjektive Kriterien für die Beurteilung hervor. Als objektive Kriterien wurden solche identifiziert, die die Rahmenbedingungen des Einsatzes betreffen; als subjektive solche, die in der Person der Sozialhilfeempfänger_in liegen. 1326

- 1327 Hervorzuheben sind die vier Hauptkriterien, die in *objektiver Hinsicht* erfüllt sein müssen, und wieso die Berücksichtigung von *subjektiven Kriterien* notwendig ist.²⁸²¹

In objektiver Hinsicht ist *erstens* sicherzustellen, dass die Arbeit geeignet ist, die *Reintegration zu fördern*; d.h., die Zumutbarkeit ist als Verhältnismässigkeitsprüfung i.e.S. zu verstehen und hat dementsprechend ein besonders gewichtiges öffentliches Interesse zu verfolgen. *Zweitens* sollen die *Arbeitsbedingungen günstig und gerecht* sein und nicht in Ausnützung der Zwangslage, in der sich die Sozialhilfeempfänger_innen befinden, festgelegt werden. Das bedingt etwa, dass leistungsgerechte und angemessene Löhne bezahlt werden und die Gesundheit der Betroffenen geschützt wird. Dadurch wird auch ein Schutz vor der Verbreitung von prekären Arbeitsverhältnissen (ausserhalb des ersten Arbeitsmarktes) geboten. *Drittens* sind die *Persönlichkeitsrechte* auch an einem Programmplatz zu schützen. *Viertens* muss es möglich sein, die *Arbeitsbeziehung abzulehnen oder zu beenden*, ohne dass damit der Verlust jeglicher Existenzgrundlagen verbunden ist. Ansonsten ist von einer übermässig belastenden Arbeit und somit einer nicht erlaubten Zwangsarbeit auszugehen. Dies stützt den bereits erwähnten Befund, dass die Teilnahme an einem Programm nicht als Voraussetzung für den Anspruch auf Sozial- und Nothilfe gesehen werden darf. Programme, die so konzipiert sind, sind nicht zumutbar.

- 1328 Die Berücksichtigung subjektiver Kriterien ist notwendig, damit die *Freiheitsrechte durch die Teilnahme an einem Beschäftigungsprogramm nicht ausgehöhlt* werden und ins Leere laufen. Werden die persönlichen Verhältnisse, die Fähigkeiten, Stärken und Wünsche der betroffenen Person nicht mitberücksichtigt, wird dadurch nicht nur potentiell die Wirksamkeit des Programms vereitelt, sondern auch die *Einzig- und allfällige Andersartigkeit* der Sozialhilfeempfänger_innen verneint. Das wäre nicht nur im Sinne der grundrechtlichen Ordnung problematisch, sondern widerspräche auch dem sozialhilferechtlichen Grundprinzip der Individualisierung. Schliesslich ist diese Berücksichtigung subjektiver Faktoren, insbesondere der Stärken und Fähigkeiten, auch aus ökonomischer Sicht sinnvoll, damit das Potential der Arbeitskräfte möglichst ausgeschöpft und effizient eingesetzt wird.

²⁸²¹ Aus welchem Recht sich welches Kriterium ableiten lässt, wurde in N 1051 ff. dargestellt.

B. Aktuelle Praxis

Es ist zwar in der aktuellen Praxis grundsätzlich anerkannt, dass die Zumutbarkeit die Eigenverantwortung und die Pflicht zur Teilnahme an einem Programm beschränkt. Jedoch bleibt vage bis unklar, wo diese Grenze gezogen wird. Die gesetzlichen Grundlagen der Kantone sind sehr divers und weisen kaum gemeinsame Nenner auf. Viele Kantone äussern sich gar nicht zur Zumutbarkeit einer Arbeit in einem sozialhilferechtlichen Beschäftigungsprogramm und überlassen die Grenzziehung der Rechtsanwendung, womit dieser ein grosser Spielraum überlassen wird. Die Gerichte greifen kaum korrigierend oder klärend ein und erklären in teils paternalistischer Manier Programmteilnahmen als grundsätzlich zumutbar. Auch ohne Berücksichtigung der konkreten Ausgestaltung eines Programms und der Ziele, die mit dem konkreten Programm verfolgt werden, werden Beschäftigungsprogramme als per se zur Reintegration geeignet – und deswegen zumutbar – beurteilt. Die Kriterien aus Art. 16 AVIG werden zwar (tw.) als relevant eingestuft, aber eine Subsumtion des jeweiligen Sachverhalts unter diese Kriterien erfolgt nicht. 1329

Dadurch wird insgesamt die Zumutbarkeitsprüfung verkürzt: Es erfolgt keine eigentliche Prüfung, ob mit einer Programmteilnahme öffentliche Interessen verfolgt werden, die die privaten Interessen überwiegen, und ob eine angemessene Zweck-Mittel-Relation gegeben ist. Es wird lediglich geprüft, ob eine Person *objektiv in der Lage wäre*, an einem Programm teilzunehmen. Arbeitsbedingungen, wie etwa die Angemessenheit der Entschädigung, fliessen nicht in die Prüfung ein. Hinsichtlich der Entschädigung kommt es lediglich bei den Folgen einer Nichtteilnahme zu einer Differenzierung: Ist das Programm nicht mindestens in der Höhe der Nothilfe entschädigt, kann eine Nichtteilnahme lediglich Kürzungen des GBL zur Folge haben, nicht jedoch den Verlust der Anspruchsvoraussetzungen. 1330

C. Kritik und alternative Handlungsmöglichkeiten

Die Diskrepanz zwischen den völker- und verfassungsrechtlichen Vorgaben und der aktuellen Praxis ist augenfällig. Daher ist eine umfassende Umschreibung des Begriffs der zumutbaren Arbeit notwendig, um den Ermessensspielraum der Rechtsanwendung zu kanalisieren und die Rechtssicherheit der Sozialhilfeempfänger_innen zu erhöhen. Durch die entsprechende Definition der Zumutbarkeit kann die Gesetzgeberin zeigen, dass menschenrechtliche Verpflichtungen auch in sozialhilferechtlichen Beschäftigungsverhältnissen honoriert werden. 1331

- 1332 Dieses Grundanliegen einer gesetzlichen Umschreibung der zumutbaren Arbeit scheint die Gesetzgebung der IV nicht (mehr) zu erfüllen und kann entsprechend auch nicht als Vorbild für die sozialhilferechtliche Gesetzgebung gelten. In der ALV zeigt die Definition der Zumutbarkeit von arbeitsmarktlichen Massnahmen auch Lücken – insbesondere stimmt sie nicht mit der ILO-Konvention Nr. 168 überein und lässt weitere Kriterien, die in völker- und verfassungsrechtlicher Hinsicht zentral sind, vermissen. Es ist zu fordern, dass in der Sozialhilfe nicht aus ideologischen Gründen dieselben Fehler wiederholt werden und ein Zumutbarkeitsbegriff verwendet wird, der den völker- und verfassungsrechtlichen Verpflichtungen gerecht wird.
- 1333 Entsprechend wurde hier eine eigene Umschreibung der zumutbaren Arbeit in sozialhilferechtlichen Beschäftigungsprogrammen vorgeschlagen, welche den völker- und verfassungsrechtlichen Vorgaben entspricht und die wesentlichen objektiven und subjektiven Kriterien berücksichtigt (siehe N 1261).
- 1334 Bei der Ausgestaltung der subjektiven Kriterien ist zu berücksichtigen, dass v.a. diejenigen zurückbehalten werden, die auch zum Ausdruck bringen, dass es sich bei der Zumutbarkeit um eine Zweck-Mittel-Relation handelt: So ist die Berücksichtigung der Stärken, Fähigkeiten und Qualifikationen sowie der Wünsche und Interessen notwendig, um die Massnahme nicht unverhältnismässig werden zu lassen. In der Rechtsanwendung können die subjektiven Gründe bis zu einem gewissen Grad objektiviert werden, jedoch ist dabei auf den Erlebnishintergrund der betroffenen Person abzustellen, um auch der Heterogenität der Anspruchsberechtigten und der Finalität der Sozial- (und Not)hilfe Rechnung zu tragen. Eine vollständige Objektivierung führt zu einer unzulässigen Verkürzung der Zumutbarkeitsprüfung.
- 1335 Besonders herausfordernd bleiben das Kriterium der Gesundheit und der Umgang mit Personen mit gesundheitlichen Beeinträchtigungen, die sich auf ihre Leistungsfähigkeit auswirken. Es ist diesbezüglich jüngeren Forderungen, dass Gesundheitsfragen in der Sozialhilfe sozialpolitisch einen höheren Stellenwert erhalten sollen, zuzustimmen. Bei der Ausgestaltung spezifischer Massnahmen für Menschen mit Beeinträchtigungen ist zwingend die BRK zu berücksichtigen – von Analogien zur Invalidenversicherung sollte abgesehen werden. Wenn die Zumutbarkeitsprüfung anhand derselben Kriterien erfolgt wie im vorgelagerten System, wird der subsidiäre Charakter der Sozial- und Nothilfe in Frage gestellt.

VII. Schlusswort

Die freiheitsbefähigende soziale Sicherheit und die freiheitsgefährdende Bevormundung, die mit der aktivierenden Sozialhilfe einhergeht, in ein angemessenes Verhältnis zu setzen, mag an die «Quadratur des Kreises» erinnern.²⁸²² Mit der vorliegenden Analyse des zumutbaren Arbeitens in sozialhilferechtlichen Beschäftigungsverhältnissen wurden bestimmt nicht alle Spannungsfelder dieser grundrechtstheoretischen, sozial- und rechtspolitischen Herausforderung aufgelöst. Dennoch wurde aufgezeigt, dass der Vergleich mit einer vermeintlich unlösbaren mathematischen Aufgabe²⁸²³ auch nicht des Rätsels letzter Schluss ist: Versucht man die Aufgabe nicht nur mit den kantonalen Sozialhilfegesetzen und der (bundesgerichtlichen) Rechtsprechung als «Konstruktionsmittel» zu lösen, sondern zieht man auch das übergeordnete Recht, insbesondere die (wirtschaftlichen und sozialen) Menschenrechte, heran, können der aktivierenden Sozialhilfepolitik Leitplanken gesetzt werden, welche die Eigenverantwortung und die Zumutbarkeit einer Arbeit in einem sozialhilferechtlichen Beschäftigungsverhältnis einschränken. 1336

Bei einer solchen Betrachtung wird klar, dass Sozialhilfeempfänger_innen durch die aktuellen gesetzlichen Grundlagen und die aktuelle Rechtsprechung zu wenig vor den Zumutungen des Arbeitens geschützt sind. Dabei spricht gerade die Verletzlichkeit der Sozialhilfeempfänger_innen dafür, sie besonders zu schützen. Im letzten sozialstaatlichen Auffangnetz, ohne welches lediglich die unwürdige Bettelexistenz bleibt, hat der Bedarfsdeckung und der Sicherung des menschenwürdigen Daseins Priorität eingeräumt zu werden. Hilfeleistungen dürfen nicht von überspannten Ansprüchen an das eigenverantwortliche Verhalten i.S. der Subsidiarität abhängig gemacht werden. Ansonsten bricht der Staat seine elementare Schutzversprechen und eine minimale Solidarität innerhalb der Gesellschaft ist nicht mehr gewährleistet. Es muss auch nach einer abgelehnten Teilnahme an einem Beschäftigungsprogramm ein Anspruch auf eine staatliche Mindestsicherung geltend gemacht werden können. Die Anspruchsberechtigung ist also über das Bedarfsdeckungsprinzip zu klären und nicht über die Erfüllung von arbeits-spezifischen Pflichten. 1337

²⁸²² Siehe N 536.

²⁸²³ Die Quadratur des Kreises ist nur unlösbar, wenn lediglich Lineal und Zirkel als Hilfsmittel zur Verfügung stehen; der modernen Mathematik – nicht jedoch der Autorin – gelingt die Lösung mit anderen Methoden.

- 1338 So ist es auch zu rechtfertigen, dass in der Sozialhilfe die Zumutbarkeit einer Teilnahme an einem Beschäftigungsprogramm besonders sorgfältig zu beurteilen ist. Bei der Beurteilung der Zumutbarkeit und bei der Konzeption von Beschäftigungsprogrammen ist zu zeigen, dass die Grund- und Menschenrechte in der gesamten Rechtsordnung verwirklicht werden. Auch nicht justiziable Dimensionen sind bindend und haben bei der Konzeption von Programmen, die vermeintlich dazu dienen sollen, die Situation der Sozialhilfeempfänger_innen zu verbessern und ihren Mangel an Verwirklichungschancen zu beheben, berücksichtigt zu werden.
- 1339 Die staatlichen Bestrebungen sollten darauf ausgerichtet sein, dass so wenig Personen wie möglich ausserhalb des ersten Arbeitsmarktes in den aktivierenden Strukturen der sozialen Sicherungsnetze tätig sind; wenn solche Strukturen notwendig sind, sollen diese Arbeitsplätze regulären Arbeitsverhältnissen insbesondere im Bereich der Entscheidungsfreiheit, der Entlohnung und der sozialen Sicherheit angeglichen werden und schliesslich bleibt das Ziel, einen inklusiven Arbeitsmarkt mit Vollbeschäftigung zu erreichen. Solange dieses nicht erreicht ist, muss die Gesellschaft auch aushalten können, dass nicht alle Mitglieder der Gesellschaft im Sinne von produktiven Arbeitsleistenden nützlich sind.

Anhang I – Richtlinien Programmteilnahme Sprungbrett

Allgemeine Richtlinien für die Programmteilnahme

Die nachfolgenden Richtlinien sind verbindlich zwischen der/dem Teilnehmer/In und dem Sprungbrett.

1. Zuständigkeit

Der/die Teilnehmer/In befolgt die Weisungen der zuständigen Bereichsleitung. Bei einem Arbeitseinsatz außerhalb des SPRUNGBRETT, sind zusätzlich auch die Anweisungen der Vorgesetzten vor Ort zu befolgen.

2. Arbeitszeit

Montag - Donnerstag	07.45 - 11.45 und 13.00 - 17.00 Uhr
Freitag und vor Feiertagen	07.45 - 11.45 und 13.00 - 16.00 Uhr

3. Parkplätze

Auf und um das SPRUNGBRETT Gelände herrscht ein absolutes Parkverbot. Unbefugte Fahrzeuge werden abgeschleppt. Kosten gehen zu Lasten des Fahrzeughalters.

4. Handy und Smartphone

Handy- und Smartphone-Benutzung am Arbeitsplatz ist untersagt. Ausnahme, wenn ein Arbeitgeber anruft oder nach Absprache mit der Bereichsleitung.

5. Sicherheit / Versicherung

Der/die Teilnehmer/In ist verpflichtet alles ihm/ihr Mögliche zu unternehmen um Berufsunfälle und Krankheiten zu verhindern. Insbesondere sind das Tragen von Schutzausrüstung und das vorschriftsmässige Benutzen von Sicherheitseinrichtungen verpflichtend. Die Teilnahme an diesbezüglichen Instruktionen ist obligatorisch. Die Weisungen des Programms sind einzuhalten. Arbeitskleider und Arbeitsschuhe werden den Teilnehmer/Innen zur Verfügung gestellt.

6. Kranken- und Unfallversicherung

Der/die Teilnehmer/In ist selber dafür besorgt, dass er/sie gegen Krankheit und Unfall versichert ist. Der Programmanbieter lehnt jegliche Haftungsansprüche bei Unfällen am Arbeitsplatz ab.

7. Gesundheitszustand

Haben Sie gesundheitliche Probleme oder Krankheiten, die sich auf die Arbeit auswirken?

Ja / Nein

Wenn ja, welche?

Nehmen Sie Medikamente die Ihre Arbeit einschränken?

Ja / Nein

Wenn ja, welche?

8. Absenzen

Absenzen wegen Krankheit, Unfall, Spitaleintritt, Militär, Zivilschutz, Stellenantritt, Zwischenverdienst, Todesfall, Umzug, Heirat, Vorstellungsgespräch oder Unvorhergesehenem und Absenz wegen kranken Kindern sind dem/der zuständigen Bereichsleitung umgehend mitzuteilen. Das Ausrichten an andere Programm Teilnehmer/innen genügt nicht.

Absenz Meldungen welche nicht zwischen 07:30 Uhr und 08.00 Uhr eingegangen sind, werden als unentschuldigte Absenz gehandhabt (Tel. 041 875 00 60).

Der/die Teilnehmer/in hat das Arztzeugnis (ab dem 3. Krankheitstag, auf Verlangen ab dem 1. Krankheitstag) der Bereichsleitung unmittelbar nach dem Arzt - Besuch abzugeben.

Tägliche, telefonische Abmeldepflicht, ausser es liegt ein Arztzeugnis vor!

9. Austritt

Nach Ablauf der Vereinbarung falls die Einsatzdauer vom zuständigen Sozialdienst nicht verlängert wird.

Zugunsten einer Anstellung kann die Programmvereinbarung, nach Rücksprache mit dem zuweisenden Sozialdienst, aufgelöst werden.

10. Regelverstöße und Konsequenzen

Bei Unregelmässigkeiten oder Zuwiderhandlungen gegen Weisungen der Bereichsleitung oder der Einsatzleitung wird in einem gemeinsamen Gespräch nach Lösungen gesucht und ein mündlicher Verweis ausgesprochen. Werden die verbindlich abgemachten Lösungsvereinbarungen nicht befolgt, wird durch die Bereichsleitung eine schriftliche

Verwarnung ausgesprochen. Weiteres Nichtbefolgen von Weisungen hat weitere Verwarnungen und allfälligen Ausschluss aus dem Programm zur Folge.

Bei Vorkommnissen wie Diebstahl, Alkohol (0,01 Promille Toleranz), Drogengebrauch, Handel mit Drogen, Rassismus, Gewalttätigkeiten, sowie sexuellen Übergriffen/Belästigungen ist die Bereichsleitung verpflichtet, die zuweisende Stelle zu informieren. Das weitere Vorgehen wird in einem gemeinsamen Gespräch festgelegt.

Ich bestätige mit der Unterschrift, dass ich die Richtlinien vom Programm SPRUNGBRETT zur Kenntnis genommen habe.

Altdorf, 06. April 2018

Versicherte Person:

Programm SPRUNGBRETT:

Kopie:

- SD

Anhang II – Musterverfügung Programmteilnahme Sprungbrett

SOZIALDIENST

■■■■■■■■■■
■■■■■■■■■■
■■■■■■■■■■
■■■■■■■■■■
■■■■■■■■■■

Muster
wird jeweils individuell
angepasst

A-Post plus

Erstfeld, 27. Juni 2017

VERFÜGUNG

Arbeitsmarktliche Massnahme Sprungbrett

über die wirtschaftliche Hilfe gemäss Art. 27ff des Gesetzes über die
Sozialhilfe im Kanton Uri

für

Ausgangslage:

* wurde seit 01.01.2004 mit wirtschaftlicher Sozialhilfe durch die Gemeinde ■■■■■■ gemäss Sozialhilfegesetz (SHG) unterstützt. Im Juli 2016 ist Herr * nach * gezogen. Herr * hat die Richtlinien über die Gewährung der Sozialhilfe (Stand 1. Januar 2010) erhalten und unterschrieben. * ■■■■■■ wurde über die Rechte und Pflichten als Sozialhilfeempfänger aufgeklärt. Dabei wurde * auch die Auskunft- und Mitwirkungspflicht gemäss SHG Art. 30 und 31 genau erläutert.

* ist erwerbslos und verpflichtet, sich aktiv um Arbeit zu bemühen. Es zeigte sich, dass * ■■■■■■ grosse Schwierigkeiten hat, eine Arbeitsstelle zu finden. Deshalb hat der ■■■■■■ entschieden, * ■■■■■■ ab 01.10.2015 im Beschäftigungsprogramm Sprungbrett einzusetzen, damit er bei der Reintegration in den Arbeitsmarkt fachliche Unterstützung erhält.

Ziele:

Die Teilnahme am Beschäftigungsprogramm Sprungbrett soll * ■■■■■■ eine Tagesstruktur im Arbeitsbereich ermöglichen, die Vitalität sowie die Arbeits- und Leistungsfähigkeit steigern und aufbauen. Ausserdem soll die Präsenz überprüft, erhalten und gesteigert werden. Des Weiteren sollen laufend Stellenbewerbungen erfolgen.

Einsatzdauer Beschäftigungsprogramm Sprungbrett:

Der Arbeitseinsatz begann am 1. Oktober 2015. Dreimonatlich findet jeweils ein Standortgespräch statt. Die Arbeit im Sprungbrett wirkt sich sehr positiv auf das emotionale Befinden von Herr * aus und ist Teil seiner gesundheitlichen Verbesserung. Die Bewertung der Fähigkeiten durch das Sprungbrett zeigen sehr positive Ergebnisse.

Arbeitsort:

Sprungbrett, [REDACTED]

Arbeitszeiten:

Montag bis Donnerstag von 07.45 Uhr – 11.45 Uhr und 13.00 Uhr – 17.00 Uhr

Freitag und vor Feiertagen von 07.45 Uhr – 11.45 Uhr und 13.00 Uhr – 16.00 Uhr

Arbeitsbereiche:

Die Teilnahme am Beschäftigungsprogramm Sprungbrett umfasst für * folgende drei Bereiche:

- Praktische Tätigkeit und fachliche Anleitung
- Beratung und Bildungsangebote
- Stellenbewerbungen

Absenzen:

Arbeitsausfall wegen Krankheit ist dem [REDACTED] bis spätestens 9.00 Uhr zu melden. Ab dem 3. Tag ist dem Sozialdienst ein Arztzeugnis vorzuweisen.

Entschädigung:

Bei einer Teilnahme am Beschäftigungsprogramm Sprungbrett erhält * [REDACTED] zusätzlich zur wirtschaftlichen Sozialhilfe eine Integrationszulage. Die Integrationszulage beträgt bei einem 70 %-Pensum Fr. 150.– pro Monat.

Verkehrsauslagen für den Arbeitsweg mit öffentlichen Verkehrsmitteln werden auf der Basis eines Halbtaxabos vom Sozialdienst übernommen. Kosten für die Fahrt mit dem eigenen Fahrzeug werden nicht übernommen.

Kosten:

Die Kosten für die Integrationsmassnahme gehen zu Lasten der zuständigen Wohnsitzgemeinde.

Der [REDACTED] zieht in Erwägung:

- Gemäss Art. 5 Abs. 1 Sozialhilfegesetz (SHG) ist jene Einwohnergemeinde zuständig, öffentliche Sozialhilfe zu leisten, in der die hilfesuchende Person ihren Unterstützungswohnsitz hat. Die Gemeinde [REDACTED] ist der Unterstützungswohnsitz von * [REDACTED].
- Anspruch auf wirtschaftliche Hilfe hat, wer für seinen Lebensunterhalt nicht hinreichend oder nicht rechtzeitig aus eigenen Mitteln aufkommen kann (SHG Art. 27). Ändern sich die wirtschaftlichen Verhältnisse, hat die unterstützte Person das der Sozialhilfebehörde unverzüglich mitzuteilen (SHG Art. 30). * [REDACTED] ist zurzeit nicht in der Lage, den Lebensunterhalt für sich und seine Familie aus eigenen Mitteln zu bestreiten.

- Gemäss Art. 28 Abs. 4 Sozialhilfegesetz (SHG) kann die wirtschaftliche Hilfe mit Auflagen, Bedingungen und Weisungen verbunden werden. Sie kann weder gepfändet noch abgetreten werden.
- Wenn die hilfeschuchende Person trotz vorgängiger Mahnung die ihr zumutbare Mitwirkung verweigert, namentlich wenn sie die Auskunftspflicht verletzt oder den verfügbaren Auflagen, Bedingungen und Weisungen zuwiderhandelt, kann die Sozialhilfebehörde die wirtschaftliche Hilfe verweigern, kürzen oder einstellen (Sozialhilfegesetz Art. 31).

Der [REDACTED] beschliesst:

1. * wird verpflichtet vom 1. Juli 2017 für die Dauer von drei Monaten zu einem 70 %-Pensum am Beschäftigungsprogramm Sprungbrett, [REDACTED] teilzunehmen. Die Massnahme dauert mind. drei Monate und kann nach Notwendigkeit verlängert werden.
2. Der [REDACTED] erteilt dem Sprungbrett für die Teilnahme von * eine dreimonatige Kostengutsprache vom 1. Juli 2017 bis 30. September 2017.
3. Bei einer Teilnahme am Beschäftigungsprogramm Sprungbrett erhält * zusätzlich zur wirtschaftlichen Sozialhilfe eine Integrationszulage. Die Integrationszulage beträgt bei einem 70 %-Pensum Fr. 150.– pro Monat.
4. * wird aufgefordert, sich um Arbeit zu bemühen und diese Bemühungen in Form von zehn schriftlichen Bewerbungen monatlich der Sozialarbeiterin FH nachzuweisen.

Gegen diese Verfügung kann innert 20 Tagen schriftlich beim Gemeinderat [REDACTED], Verwaltungsbeschwerde erhoben werden (Artikel 95, Absatz 1ff, der Gemeindeordnung vom 6. Mai 2009).

Mitteilung an:

- * (A-Post plus)
- , Sozialvorsteher,

[REDACTED]

[REDACTED]
Sozialarbeiterin FH

Der [REDACTED] bestätigt, dass diese Verfügung den geltenden gesetzlichen Bestimmungen entspricht und die in der Gemeinde [REDACTED] gültigen Richtlinien angewandt worden sind.

[REDACTED] Juni 2017

[REDACTED]
Sachbearbeiterin

Zustellung Kopie: Sprungbrett, [REDACTED]

Die Arbeit in einem sozialhilferechtlichen Beschäftigungsprogramm kann eine Voraussetzung sein, um Leistungen der Sozialhilfe und der Nothilfe (Art. 12 BV) zu erhalten.

Diese Dissertation untersucht, inwiefern diese Anspruchsvoraussetzung für die Leistungen der subsidiären sozialstaatlichen Sicherungssysteme mit dem Völker- und Verfassungsrecht vereinbar ist und ob sich Vorgaben zur zumutbaren Ausgestaltung dieser Arbeitsbeziehungen finden lassen. Die Autorin klärt, in welchen Bereichen die bisher kaum beleuchtete schweizerische Praxis diesen Vorgaben entspricht und in welchen nicht. Sie formuliert entsprechende Empfehlungen zuhanden der involvierten Akteur_innen in der Rechtsetzung und -anwendung.

Die Arbeit bedient sich juristischer Methoden, greift aber auch auf empirisch erhobene Daten zur Praxis der Kantone zurück, um die Analyse auf die Rechtswirklichkeit stützen zu können.

